DN. ALPHONSI DE AZEUEDO, ... CONSILIA SIUE RESPONSA: POST OBITUM...

Alonso : de Azevedo, Juan : de Azevedo

DN. ALPHONSI DE AZEVEDO, IVRISCONSVLTI HISPANI CELEBERRIMI, ET CIVIS QVONDAM Placentini,

Consilia siue Responsa:

POST OBITVM AVTORIS AB EIVSDEM FILIO D. Joanne de Azeuedo JC. congesta, & Summariis atque Argumentis additis perfecta:

CVM INDICE DVPLICI, CONSILIORVM vno, Rerum & Verborum altero.



Cum Gratia & Privilegio S. Cæs. Majest.

FRANCOFVRTI,

Apud PETRUM HAUBOLDUM Bibl.

ANNO M. DC. XLVI.

PRÆSTANTISSIMO, AC REVERENDISSIMO D. D. IOANNI BAPTISTÆ DE AZEVEDO, INDIARVM PATRIARCHÆ, REgisque nostri fœlicissimi causarum Fidei dignissimo Præsidi, Vallisolitanoq; Antistiti, D. Ioannes de Azeuedo authoris filius, vtriusq; iuris professor, S. & P. F. exoptat.

SATIS experientia compertum est, nihil in conspectum hominum, tam perfectum edendum fore, quod aliquorum mordacia non notetur, contrariumque pene impossibile ab omnibus reputatur. Quapropter fretus (Reuerendissime domine) beneuolentia, qua in omnes fauore destitutos vsus es, qui cum petatur quoad protectionem literarum, quæ in te admodum perfulgent, certo scio minime eo destituturũ: & licet per se opus tanto fauore non sit dignum, saltim ex cognomine authoris, ipsi, & antecessoribus nobiliter deriuato ex Cantabrorum montagnis, valleque (de Trasmiera) sic vulgariter appellato prout scripto & auditu à maioribus accepi, quo vos multoties deriuatum clarumque genus, ac nobilissimam genealogiam suscipere audiui, dicto fauore, ac protectione certus sum: quo quidem obtento, nemo tam audax erit, qui cum hoc opus sub tali tutela esse cognoscet, illud carpere, nec tutare audeat, siquidem defectus operis tanto protectore satis remanet expurgatus & à mordacibus assecuratus. Quæso siquidem (Præstantissime Domine) vt hoc munusculum beneuolo animo accipias, voluntatem potius, quam illud attendens. Vale.

D. IOANNES DE AZEVE-do authoris filius candido Lectori.

CVM cognouissem (*candide Lector*) magnam vtilitatem, magnumque commodum, quod in his Regnis Hispaniæ, & vltra in dies ac in dies fecerint, & faciant studia, ac labores literarij genitoris ac Domini mei, Alphonsi de Azeuedo, & cum vtique cognouissem maius commodum, quod omnibus euenire posset ex editione horum Consiliorum, quæ multis abhinc annis, licet non ex toto erant elaborata, sæpesæpius in operibus suis ab authore promissa, morte siquidem prȩuentus, decreui eis finem imponere in lucemque edere, publicum commodum, publicamque vtilitatem præ oculis habens. Ex quo (Lector beneuole) à te quæso, vt si quid reprobandum, maleq; laboratum, & dispositum inueneris, mihi potius quam authori culpam tribuas; nam satis erit manifesta, cum ille plene probatum habeat intentum: nec quidem tanti authoris operi manum imponere auderem, nisi me publica vtilitas, & priuata conscientia ad id faciendum cogerent.

Vale.

SERIES

SERIES ET ORDO CONSILIORVM, QVÆ IN HOC tomo continentur.

FINIS.

CONSI-

CONSILIVM I.

Relictum pro maritandis puellis an debeatur iam maritatæ, & an incerta de certis censeatur expresse vocata.

SVMMARIA.

1 *Dispositio testatoris in dubio est intelligenda, vt trahatur ad casum magis necessarium.*

2 *Testator in dubio semper videtur prouidere ei, cui magis interest.*

3 *Legatarius dicitur ille, cuius principaliter interest legatum præstari.*

4 *Paria sunt aliqua esse certa à principio, vel post esse certificanda.*

5 *Mutatio voluntatis per indicia probatur.*

6 *Dispositio alia intelligitur, cum quid prima adijcitur.*

7 *Nullus præsumitur quod velit se statim corrigere. nu. 7. Nisi de voluntate disponentis aliud constet. n. 8.*

9 *Actus vnus & idem secundum intentionem agentis diuersos operatur effectus.*

10 *Contrarietas diuersis respectibus admittitur.*

11 *Testator vocans consanguineas censetur etiam in dubio habuisse considerationem, vt intuitu consanguinitatis, non vero pietatis vocentur.*

12 *Præsumptio naturalis præfertur accidentali.*

13 *Testator vbi mouetur à sanguine præsumitur illa causa finalis.*

14 *Causam esse impulsiuam vel finalem, ex qualitate personarum præsumitur.*

15 *Causa tendens ad commodum solius accipientis, præsumitur impulsiua.*

16 *Dictio, vt Hispana, para, modum, & non conditionem inducit.*

17 *Modalis adiectio non restringit legatum, neq; relictum. Et sic debetur relictum ante implementum.*

18 *Affectio testatoris argui potest contra propriam verborum significationem.*

19 *Relictum pro dote alicuius certæ puellæ, debetur ei, etiam si tempore testamenti esset nupta, Siue tunc sciuerit, vel non, dum tamen post notitiam habuisset nec reuocasset, cum posset. & nume. 23. declaratur.*

20 *Conditio, si nupserit talis, non solum potest impleri mortuo testatore, sed etiam eo viuo, Quoniam vt num. 21. conditio illa non est extincta sed adimpleta. & num. 22. 24. & 25. prosequuntur hæc, & num. 23. Secus esse in relictis generaliter pro maritandis puellis.*

24 *Dos constante matrimonio augeri potest.*

26 *Absurdum est minus dilectum præferri magis dilecto, & ob hoc euitandum receditur à regulis iuris. nu. 26. & sic substitutio quæ aliàs trahitur de casu ad casum, non trahetur tunc. nu. 27.*

28 *Nominati præsumuntur magis à testatore dilecti.*

29 *Nominatus primo præfertur ex nominatis & nu. 30.*

31 *Dispositio loquens sub nomine collectiuo plurium, inter quos cadit ordo charitatis, censetur facta per ordinem successiuum.*

32 *Causa adiecta legato ampliat legatum, nu. 32. & si causa legati non cessat in totum, legatum non cessabit. n. 33.*

34 *Diminutionem operari non debent ea quæ ad augmentum sunt instituta.*

35 *Declaratio sumenda est ex vicinitate, & contiguitate scripturarum, & clausularum, & num. 36. quod verisimilitudo ex vicinitate colligitur.*

37 *Constare dicitur clarè id quod per argumentum à contrario sensu deducitur.*

38 *Conditio apposita vni rei, vel vni personæ non censetur repetita in alia re, vel persona.*

39 *Mens semper in omni dispositione est attendenda, nu. 39 & prædominatur, & ei verba deseruiunt etiam contra propriam verborum significationem, & cum improprietate num. 40. & 41.*

42 *Legatum pro duabus puellis maritandis coniunctim factum, an vna earum mortua, superstiti accrescat pars mortuæ.*

43 *Legatum pro prima filia nubenda, si maior decesserit, an secundo genita primo nubens habebit legatum.*

44 *Legatum pro maritanda puella, an debeatur, si testatore viuente maritetur.*

45 *Consulentes vbi habent illæsam conscientiã ex aliqua ratione, possunt alias non concludentes rationes allegare.*

46 *Relictum pro maritanda puella aliqua, potest peti per eam, si est nubilis ætatis, præstita cautione de nubendo.*

SALAZAR DE AVILA, y donna Leonor de Almaraz, ciues Abulenses, in eadem Abulensi ciuitate, contractu à se inter viuos celebrato, quandam memoriam perpetuam fundauerunt pro erogandis quatuor centum mille morapetinis omni anno, ad maritandas puellas pauperes matrimonio temporali vel spirituali, ciues dictæ ciuitatis de Auila, & eius suburbium, & huius ciuitatis Plasentiæ, & præsertim consanguineas eorum, modo & forma ibidem descriptis, & inter alias clausulas sequentem (ex qua & in qua consilium hoc fundatur) constituerunt.

Y mandamos y queremos, y es nuestra voluntad, que si al tiempo del nombramiento de las dichas donzellas ò antes, las hijas, nietas y bisnietas. y decendientes en los demas grados de la dicha Mayor de Salazar muger del dicho sennor Baltasar de Tapia hermana de mi el dicho Salazar de Auila, y Diego Gomez de Almaraz, y donna Mencia de Almaraz, su muger, sobrinos de mi la dicha donna Leonor de Almaraz vezinos de Plasencia pidieren por peticion alos dichos sennores patrones, que quieren gozar desta limosna para casadas, o para monjas, quese les dè y conceda llanamente, porsu orden, prefiriendo las hijas a las nietas, y las nietas alas bisnietas, y por esta orden a las demas, y en quanto a estas nuestras sobrinas y parientas no se ayan de echar ni echen suertes ningunas entre si, con las

 estrannas

estrannas, sino que los dichos sennores patrones las den y repartan la dicha limosna, a vna para casada, ò a dos para monias, atendiendo en esto, que se dè a la que mas edad tuuiere, y necessidad de ser remedia da destas nuestras sobrinas y sus decendientes en cada grado, y que si estuuieren dos en ygual grado y necessidad, se de a la que fuere para casada, y si ambas quisieren ser casadas, se dè a la que a los dichos sennores patrones les pareciere, que es mas justo y mas razon, y tuuiere mas edad. Y no se concordando, vaya por votos, demanera que las dichas hijas, nietas, bisnietas, ò decendientes de los dichos nuestra herma na y sobrinas, siempre prefieran y sean preferidas a todas las demas donzellas que se opusieren de qualquier calidad y esta do que sean: y aunque sean nuestras deudas, porque a estas particular y conocidamente, las queremos gratificar, y amparar en esto, aunque sus padres sean muy ricos, y con sola su hazienda las pudiessen remediar, y queremos, que a la dicha donzella nuestra sobrina, que dexò de ser nombrada por la dicha razon se le aya de dar, y dè la dicha limosna el anno siguiente llanamente, y sin suerte ni voto, y prefiera a todas las demas que se oppusieren de las dichas nuestras deudas.

Post hanc autem clausulam, & post has vocationes vocauerunt alias consanguineas suas ibidem designatas, quibus omnibus hæc eleemosyna detur, etiamsi parentes earum diuites essent: & post has omnes vocauerunt generaliter consanguineas intra quartum gradum, dummodo sint vicinæ dictarum ciuitatum de Auila, y de Plasentia, & quòd non consanguineis præferantur, dummodo cum his del quarto grado seruetur modus nominandi & sortiendi ab eis descriptus, ibidem, quem & in puellis extraneis iubent seruandum & quòd ita semper obseruetur. Item & in his puellis, quæ per sortes sunt admittendæ, disponunt, quod si intra annos duos non contraxerint matrimonium carnale, vel spirituale, perdant eleemosynam illam eis assignatam, & in sequenti anno addatur altera.

Quibus sic positis, mortuis his fundatoribus, Didacus de Almaraz & donna Mentia de Almaraz vxor eius, vnam ex filiabus suis sobrinam fundatricis, ætate maiorem, matrimonio temporali ligauerunt, & pro dote eius promiserunt eleemosynam hanc quatuor centum mille morapetinorum, & ea desponsata per verba de præsenti, antequam benedictiones nuptiales fierent ab his patronis, eleemosynam petierunt tanquam ad eam nominata filia hac, dubium fuit ortum an ei præstanda esset, an vero ex eo quod priusquam eam peteret, fuit desponsata per verba de præsenti, perdiderit eam, & ius petendi.

Et in hoc dubio sequentibus fundamentis fundavi (& sic fuit obtentum) quod esset omnino dicta eleemosyna præstanda huic, non obstante, quòd ante petitionem erat iam desponsata per verba de præsenti. Et antequam ad fundamenta deueniamus, præsupponendum est. Primo, quod expresse fundatores ij hanc filiam Did. Gomez de Almaraz, & dominæ Mentiæ de Almaraz eius vxoris, expresse vocauerunt ad dictam eleemosynam, quæ tunc temporis erat iam nata, & erat maior ætate suarum sororum, filiarum d. Didaci, & vxoris eius, quod patet, tam ex eo quod erat filia dictorum Didaci & Menciæ coniugum, quàm ex eo, quòd illam vocauerunt, quæ esset maioris ætatis, & remedio maiori egeret, & sic in hac erat dispositio fundatorum verificanda, & vt in tali voluntas ipsorum adimplenda. Neque in hac habebat locum dispositio l. Paulus, *2. ff. de rebus dubijs*, sed militabat potius cum ea doctrina Barto. *in l. quidam. ff. eodem titul. num. 1. & 3.* & semper † dispositio testatoris in dubio est intelligenda, vt trahatur ad casum magis necessarium, *secundum Baldum consil. 35. colum. 2. libro 2. per textum in l. 1. §. quia ergo, ff. de ventre inspicien. & Pelaez de Maio. in initio secunda partis, nume. 43.* in † dubioque semper testator videtur prospicere ei cuius magis interest, *vt probat l. fideicommissa, §. interdum, de legatis* 2. Manti. *de coniectur. vltima. volunta. lib. 8. titu. 4. nume. 8.* vbi inquit, quòd † propriè legatarius dicitur, cuius principaliter interest legatum præstari, licet verba legati non fuerunt ad eum directa ex Baldo, *per textum ibi, in l. seruus, in princip. de legat. 1. Aretin. consilio 155. nume. 4.* & sic, quod filia maior tanquam magis auxilio, & remedio indigens, censeatur vocata, & per consequens hæc quæ nunc petit à dictis testatoribus, tanquam certa & nata tempore suæ mortis, imò & fundationis expresse vocata censeatur & nominata in dicta fundatione, maximè cum par est, aliquid esse certum de per se, vel per relationem ad aliud, vt alibi diximus in propositum; est enim hæc certa de certis, pariaque † sunt, quod legata sint certa à principio, vel quòd postea certa reddantur, *secundum Baldum, consil. 61. volumine 3. Paris. consil. fi. in fine, volum. 2. Mant. de coniect. lib. 8. tit. 4. num. 18.*

Secundo præsupponendum est, quòd quoad has filias dicti Didaci de Almaraz, & vxoris eius, fundatores ipsi differentem & priuilegiorem, ac fauorabiliorem eis dispositionem constituerunt, quam circa alias vocatas & inuitatas. Quod clarissimè patet, quoniam his danda est eleemosyna hæc, etiamsi patres earum sint diuites: tum etiam, quia has nolunt sortiri: tum etiam quia expresse fundatores asserunt, has velle gratificari & prærogari, & præferri aliis etiam consanguineis, expresse etiam vocatis, & nominatis ab eis, vt ex dicta clausula apparet, & in his est differens dispositio hæc, & testatoris voluntas ab alijs consanguineis à fundatoribus ad hanc eleemosynam vocatis, & per hoc non censentur à tota voluntate recessisse fundatores, neque sibi ipsis contrariari, vt probatur ex textu *in l. alumnas, §. qui filias, in fine. ff. de adimen. legat.* vbi dicitur, non à tota voluntate videri recessum, sed ab his tantum rebus, quas testator reformauit, & ita respondet Rolandus à Valle, *consil 31. nume. 23. volum. 4.* relatus per Manticam, *vbi sup. lib. 12. cap. 1. num. 10.* vbi *nu. 23.* inquit, per indicia, † probari mutationem voluntatis, *ex l. in ipsius, & ibi Baldus in summa. C. famil. ercisc. & num. 26.* ampliat ipsemet Mantica, vt idem sit etiam in eodem testamento, præsertim vbi contradictio induceretur, vt hic

hic, nisi sic intelligatur: nam si has Didaci filias præferre voluerunt, & præ omnibus gratificare fundatores, speciale quid & prærogatiuum in eis censetur institutum, plusquam in alijs, & disponere differenter. 6 Nam † & dispositio alia intelligitur, cum quid primæ adijcitur; vel detrahitur, *l. 1. §. si quis simpliciter, ff. de verborum oblig. l. ius ciuile, ff. de iustitia & iure.* 7 Et licet † sit præsumptio, quod nullus censetur se corrigere statim, *l. non ad ea, ff. de conditio. & demonstratio. versic. quod si purè,* 8 hoc † tamen cessat, vbi de voluntate testatoris aliud constat, pro vt hic: nam tunc corrigere se voluit vel declarare, & distinguere vnam dispositionem ab altera, ex dictis per Peral. *in l. cum ita legatur, §. in fideicommisso, in princip. nume. 2. de legat. 2. & Simon de Pratis de coniectu. & interpre. vltima. volunt. testato. lib. 1. fol. 53. colum. 1. solut. 8. vbi de ista regula. l. non ad ea allegat Alciatum de præsumptio. regu. 2. præsumptio. 28. & latius Menoch. de præsump. lib. 6. præsumptio. 37.* 9 Vnus † enim & idem actus numero secundum diuersam intentionem agentis, diuersos operatur effectus, *secundum Bartolum & Baldum, post Oldrad. per tex. ibi. in l. cum pater. §. pater pluribus, de legat. 2. vbi Peralta sub §. à filia. num. 74. pag. 338. idem notat:* 10 contrarietasq; † diuersis respectibus admittitur, *secundum eundem Bartolum; ex l. quod de bonis, §. ex donationibus, ff. ad leg. Falcid. Mantic. de coniectur. vltim. volun. libro 5. tit. 13. num. 20.* Hic tamen fundatores diuersum quid constituerunt in ijs filiabus Didaci de Almaraz, & eius vxoris: tùm quia eis petentibus danda est eleemosyna, etiam si patres sint diuites. Item nolunt testatores in eis sortibus locum esse, sicut in alijs, & gratificare eas volunt: igitur differens est earum dispositio à dispositione facta cum alijs vocatis etiam consanguineis intra quartum gradum.

Quibus præsuppositis fundatur nostra assertio, & pars huius filiæ dicti Didaci, & eius vxoris, ad petendam, & consequendam hanc eleemosynam, non obstante quod sit desponsata per verba de præsenti secundum formam Concilij Trid. ex sequentib. fundamentis.

Primò, quia circa has consanguineas fundatorum filias dicti Didaci, & Menciæ eius vxoris, gratificandas, & præferendas alijs, non piam causam, & sic paupertatem fundatores respexerunt, sed consanguinitatem potius, & sanguinem tantum: tùm, quia etiamsi earum parentes sint diuites, eas vocant, ibi: *Aunque sus padres sean muy ricos:* 11 tum etiam, quia † quoties testator, vel fundator vocat consanguineas, in dubio censetur disposuisse, non intuitu pietatis, sed sanguinis, *vt probatur ex l. tutores, §. qui tutoribus, ff. de excusatio. tutor. & ex l. qui filiabus, de leg. 1.* eo quòd (vt in ijs patrociniis videbis) 12 naturalis † præsumptio sanguinis præualet accidentali pietatis: 13 & quia † quoties ratio sanguinis mouet testatorem, illa præsumitur causa finalis, sciente testatore consanguinitatem, *vt per Mantic. vbi sup. libro 6. titu. 14. nume. 17.* & ita colligitur ex verbis dictæ clausulæ, ibi: *Porque a estas particularmente las queremus amparar y gratisficar en esto, aunque sus padres sean muy ricos.* Ecce ergo quomodo harum consanguinitatem considerant fundatores, vt causam finalem, ad præferendum eas; 14 ex qualitate † enim personarum iudicamus; causam esse finalem, aut impulsiuam, id est, vt præsumatur, an quis fuisset facturus, vel non, secundum Baldum id dicentem, menti tenendum, *in l. cum veterani, primo notabili; per text. ibi. Codic. de donatio ante nupti. notat Tiraq. in tractatu cessante causa, limitatione 1. nume. 51.* Illa, alia verò causa, *para casadas*, in ijs impulsiua, & remota est: nam vt Tiraquel. *ibidem num. 52.* optimè infert in propositum, cum 15 causa † tendit ad commodum solius accipientis, ea causa præsumitur impulsiua, *ex glos. Bar. & Bal. in l. si mulier, per tex. ibi, C. de iure dotium,* & neminem reperijsse contrarium dicere, præter Bal. asserit ipse Tiraquel. *ibi num. 53.* & tenet Manti. *vbi supra lib. 6. tit. 14. num. 14. fol. 135.* Et sic nos ad nostrum casum inferimus, quòd adiectio illa (*para casadas*) quoad hanc & alias filias dicti Didaci, & Menciæ eius vxoris, fuit causa remota, & non finalis: & tanquam causa remota non est consideranda neque cessat dispositio, ea cessante *vt per Tiraquel. vbi sup. limitatio. 20. num. 1.* præsertim cum in præsenti causa illa (*para casadas*) est modalis, per illam dictionem *para*, Latinè, vt 16 † quæ modum & non conditionem inducit, *prout probatur ex l. 21. tit. 9 part. 6.* & in fauorem harum vocatarum est apposita: fauore enim illarum est, esse nuptas, vel religiosas, 17 & † quoties damus fauorem aliquem, causa hæc & adiectio modalis nõ restringit legatum, & relictum, ita vt etiam si deficiat illa causa, *para casadas, ò religiosas.* eo quod iam erat nupta, vel monialis tempore petitæ eleemosynæ, debeatur & sit danda per executores, & patronos, *ex l. Titio, §. 1. ff. de conditionib. & demonstratio. & l. donationes §. species, & l. 2. §. fin. ff. de donatio, & tenent relati per Manti. vbi sup. dicto titulo 14. num. 13. & 15. & glos. in dicta l. 21. & Anton Gom. tomo 1. c. 12. nume. 72. & Molin. de primoge. libro 1. cap. 19. nume.* 8. licet nuptæ debeant esse, *vt ibi per Anto. Gomez. nume. 70.* como aqui se ha cumplido, pues està casada la que esto pide, & sic in hac, & in sororibus eius filiabus dicti Didaci, & Menciæ de Almaraz, & aliarum ab eis descendentium, non requiritur, quòd ante quàm nubant, ad nubendum vel ingrediendum religionem petant hanc eleemosynam, sed etiam si nuptæ sint, possunt eam petere, quod non est in alijs generaliter vocatis per fundatores ad hanc eleemosynam, eo quòd ijs descendentibus dicti Didaci & vxoris eius, etiamsi parentes earum sint admodum diuites, danda est dictorum numorum summa. Ergo remunerationem & gratificationem consideramus in eis, à fundatoribus factam ob respectum consanguinitatis: & cum ab earum parentibus nubi poterant, etsi admodum diuites essent, nihilominus eis debebatur eleemosyna hæc, & sic nihil interest sint nuptæ ante vel post petitionem eleemosynæ, cum non ad hoc, sed affe-

ctionem earum fundatores respexerunt, propter quam † affectionem licet arguere contra propriam verbi significationem, *secundum Bartol. Socin consi. 26. nume. 4. lib. 4. per l. si seruus plurium, de leg. 1. refert Pelaez de maioratu, in initio 2. par. num. 36.* quod secus erit, vt dixi, in alijs consanguineis generaliter vocatis, & à fortiori in non consanguineis vocatis generaliter, in quibus omnino est ante sponsalia de præsenti petenda eleemosyna hæc, aliter non debebitur, in quibus modus est omnino seruandus, ex communi, *de qua per Anto. Gom. d. num. 70.*

Secundo, quia fundatores in dicta clausula per me relata ijs filiabus & descendentibus dicti Didaci & vxoris eius non apponunt grauamen, nec conditionem petendi eleemosynam, antequam nubant, vel religionem ingrediantur, sed tantum, quod si tempore nominationis puellarum ad hanc percipiendam eleemosynam, vel ante istæ filiæ Didaci & vxoris eius petierint eam, *para casadas, ò para monjas, se le de*: ergo etiamsi sint nuptæ, vel religiosæ tempore petitionis, & petant eam *para casadas, ò para monjas*, & secundum statum (vnum horum quem habuerint) danda eis est hæc eleemosyna: ergo omnino impleta est voluntas defuncti, etiamsi nuptæ sint vel religiosæ tempore petitionis.

Tertio, quoniam † relictum pro dote alicuius certæ puellæ debetur, etiam si nupta sit tempore dispositionis verificandæ & exequendæ, etiamsi tempore testamenti sit nupta, siue sciente testatore, *ex l. iam facta, ff. de condit. & demonstra. & ex l. pen. C. de instit. & substitu sub condi. facta. notat. Bar. in l. Lucius. la. 1. ff. de lega. 2. Palat. Rub. in repeti. cap. §. 12. num. 6. & §. 20. num. 6. fol. 90. & 93. in magnis, & Hippolyt. in pract. §. secunda, nume. 53. Ias. in l. quo minus. nume. 133. ff. de fluminib. Alex. & eius additiones consi. 146 nume. 5. volum. 5. lite. B. Tiraquel. in tracta. cessante causa, limit. 18. per totam, & Didacus Perez l. 1. titul. 2. li. 5. ordinam. pag. 79. versic. dubium est cotidianum*, siue etiam tempore testamenti testator ignoret, *ex dictis per glos. por venir. l. 21. titul. 9. par. 6.* Et sic si in vita testatoris soluatur, extinctum est legatum, licet causa eius non est extincta, sed adimpleta: nam † & conditio, *si nupserit talis*, potest impleri, non solum post mortem testatoris, sed eo viuo, præsertim, quia semel tantum debet impleri, *secundum textum l. hac conditio filia, & l. conditionem, quæ in futurum, de condicio. & demonstrationibus. notat glossa, leg. 2. verbo dederit. & ibi Bart. nume. 1. eodem titul. Baldus in l. genero, ff. de his qui notantur infam. Mantica vbi sup. lib. 11. titulo 18. nume. 36.* Et ratio † dictorum est, quoniam tunc, clausula illa, *para casar*, non est extincta, sed adimpleta, & sic non cessat tunc dispositio, vt inquit optime Tiraquellus in propositum *in dicto tractatu, de causa cessante, limitatione decima octaua, per totam:* vbi *numero secundo* refert Paulum Castrensem *consilio 148. libro secundo*, dicentem, quòd si ea, cui quis testamento dotem reliquit, nubat interim, ante quam testator moriatur, sitque ab alio dotata, ei † tamen, hoc non obstante debetur legatum, velut causa legati non extincta, sed adimpleta, & ibi cum pluribus numeris sequentibus alios allegat Tiraq. idem tenentes. Istis tamen filiabus dicti Didaci, & eius vxoris, & præmaximè huic, quæ nunc eam petit, cum esset nata & cognita testatori, & maior ætate aliarum sororum, & sic certa de certis, relictum est: & quando generalis dispositio ad plures relata in vna tantum verificari potest, non potest dici incerta, sed perinde est ac si ille nominatus fuisset, *argum. tex. in l. fundus, qui locatus, ff. de fundo instructo, notat Crauet. consil. 162. num. 4. volum. 1.* & hæ & omnes aliæ censentur nominatæ in dispositione, & specialiter vocatæ, pro vt vocantur, nihil ei obstabit sponsaliorum contractus factus iam tempore petitionis, cum sit adimpleta voluntas testatoris, & conditio, vel modus nubendi, non verò extincta, quod secus esset in relicto † generali, pro maritandis puellis: nam non debebitur nuptæ, eo quòd voluntas fundatoris in alijs impleri potest, quæ non implebitur, quoties vni certæ relinquitur, *vt per Palat. Rub. in dicto §. 12. nume. 6. & Hippolyt. vbi sup. & Ias. & Didacum Perez vbi sup.*

Quartò, quoniam quoties aliquid pro dote alicuius puellæ relinquitur, etiam si nupta sit, non perdit relictum, cum † dos possit etiam constante matrimonio augeri, *vt tenent Bart. & omnes in dicta l. Lucius. la. 1. de legatis. 2. & in l. filia legatorum. C. de lega. communis secundum Baldum Nouel. de dote, part. 5.* & idem † est, quando alicui certæ puellæ certum quid relinquitur pro ea maritanda, Hispanè, *para casar*, prout in effectu voluit Bartol. *in dicta l. Lucius*, vt optimè & singulariter aduertit ibi Peral. *nume. 38. cum sequenti.* qui corrigit & emendat literam Bart. corruptam, & hanc testatur communem opinionem, & Pala. Rub. vbi supra eam tenet, quidquid in contrarium & male dixerit Nouel. vbi supra. distinguens inter hos duos casus, & hoc procedit, siue testator sciuerit, siue non, vt supra dictum est, & siue habuerit tempus mutandi testamentum, siue non. Quia Barto. *in dicta l. Lucius*, id non distinguit, neq; Peral. ibi, qui Bart. opinionem dixit communem: neque Tiraquel. *vbi supra*, etiam si Paulus Castren. relatus per Tiraquel. *in l. si vnquam, verbo susceperit liberos, num. 219.* distinguat, potuit, necne, testator mutare testamentum, & non fecit, vel non potuit, vt priori casu valeat legatum, secundo non, & idem retulit Manti. *de coniect. vlti. voluntat. libro 12. capite. 1. nume. 53.* & Tiberius Decianus *responso 46. numero decimo tertio, volumine 2.* quia hæc distinctio non est vera: nam si testamentum est nullum, & testator habuit tempus mutandi illud, & non mutauit, non videtur ex hoc illud confirmasse & approbasse, vt per Tiraquel. *in d. verbo, susceperit liberos, nume. 220. & Manti. vbi sup. nume. 14. in fin. cum sequentibus aliquibus.* vbi

hanc

hanc dicit magis communem, & æquiorem, etiamsi adesset clausula codicillaris, *cum Decia. responsio. 37. nume. 10. cum sequentibus & numero 36. volumine 1.* Ergo & idem erit, cum testamentum de se est validum, vt non censeatur mutatum, neque inualidatum, ex eo quod testator non habuit tempus mutandi illud, sed potius in eadem durare voluntate. Et sic in nostro proposito, licet puella illa, cui legatum dotis, vel vt mariteturr relinquitur, nubat viuente testatore, debetur ei legatum mortuo testatore, siue potuerit, siue non, mutare testamentum, si aliàs expresse & solemniter illud non mutauit, & consequenter, si in sua vita testator illud soluit in toto, vel in parte illi puellæ, pro illa parte, vel pro illo toto remanet extinctum; siuero nihil solutum est, eo mortuo soluetur, vel pars illius, quæ non fuit soluta in vita testatoris, *vt per Bart. in d. leg. Lucius, 1. & ibi Peral. numero* 38. & sic intelliges communem assertam per Tiber. Decia. *responso 70. numero 13. vol. 2.* scilicet, quod extinguitur legatum, ex eo intelliges extinctum, quia fuit solutum totum in vita testatoris, secus si solutum non fuit totum, neque pars eius: quia tunc soluetur mortuo testatore totum, vel pars illa, quæ in vita eius non fuit soluta tali puellæ, *vt per Peral. vbi supra.* & sic declarabis Doctores dicentes ex Bart. *in d. leg. Lucius*, extingui tale legatum, & Doctores dicentes, non extingui, sed deberi ex eodem Barr. ibi: nam non sunt contrarij, cum in diuersis casibus loquantur, & sic licet sit solutum in vita, non desinit esse legatum, & ideo in collatione bonorum per filiam faciendam non venit: quia pater ita tradendo dotem, legatum non reuocasse, sed adimpleuisse censetur, vt optimè inquit Maluasius. *consilio 97. numero 12. volum. 1.*

Quintò. quia absurdum esset, hanc filiam maiorem dicti Didaci, & donnæ Menciæ eius vxoris omittere; & alteri eleemosynam præbere: absurdum † enim est in iure, minus dilectum præferri magis dilecto, imo ad euitandam hanc absurditatem receditur à verbis, *ex leg. Publius, in fin. ff. de conditione & demonstratione* ibi: etenim videri contra voluntatem testatricis repræsentationem fideicommissi desiderari, vt amplius ad substitutos perueniat, quam ad pueros peruenire, ab hæredibus potuisset, & ibi, sed non esse verisimile vt maturius voluerit testatrix ad substitutos id transferre, *vt constat ex leg. si viua matre, C. de bonis mater.* quo argumento etiam vtitur Bartolus *in leg. non dubium, 8. oppositione, Cod. de testamentis* & sic † substitutio, quæ trahitur de casu ad casum, non extenditur, quando resultat hoc absurdum, secundum Bartolum *in leg. si mater, §. 1. ff. de vulgari.* quem alia similia referendo sequitur Mantica *vbi supra libro 6. titul. 11. numero 13.* & singulariter † nominati præsumuntur magis à testatore dilecti, *secundum Bartolum per textum ibi in leg. cum ita, §. in fideicommisso, numero 2. de legatis 2. & leg. sciendum, post principium ff. de verbor. significat. notat Mantica dicto numero 13.* & primo † nominatus censetur magis dilectus, *ex dicto §. in fideicommisso.* & sic † vbi ex pluribus electis non potest possidere nisi vnus primo nominatus, etiam in eodem instrumento præfertur, *secundum Peral. in eodem §. in fideicommisso, numero 5. pag. 352. ex quo secundum eum ibi, nume. 16. per textum ibi, & glos.* & omnes quando † dispositio fit nomine plurium, id est, sub nomine collectiuo, vel conplexiuo plurium, inter quos cadit ordo affectionis, talis dispositio respicit ordinem successiuum, & *ibi numero 15.* exemplificat verbum *mis sobrinos ò parientes*, esse collectiuum. Cum igitur fundatores ij has filias dictorum Didaci & eius vxoris prædilexerint, & prætulerint alijs, & eas specialiter vocauerint, & inter eas semper maiorem ætate, tanquam magis egentem remedio prius vocauerint, non est censendum, hanc etiã nuptam, ob hoc quod nupta sit, exclusisse à dicto relicto & eleemosyna, & ei prætulisse post eam cæteras vocatas.

Sextò, ex eo quòd † causa adiecta legatò ampliat legatum, *leg. cum pater, §. dulcissimis, de legatis 2.* & sic si † causa legati non cessat in totum, non cessat legatum *secundum Riminaldum, consilio 594. numero 9. & Mantic. vbi supra lib. 6. titul. 14. numero 13.* In præsenti tamen fundatorum intentio fuit, has omnibus aliis, etiam consanguineis præferre, & ex certa scientia ita voluerunt, ibi, *conocidamente*, & sic fauorem earum respiciunt: igitur qualibet earum existente, licet in aliquo deficiant verba dispositionis, in eo quod tempore petitionis sit aliqua ex eis nupta, non debet restringi clausula, & fundatorum intentio, sed ampliari potius. vt detur ei eleemosyna, etiam si desponsata sit. Idque augetur, quoniam † ea quæ ad augmentum & fauorem sunt constituta, non debent operari diminutionem, *vt constat ex leg. quod in fauorem, Cod. de legibus, cap. quod in fauorem, de regulis iuris. in 6.*

Septimò, quoniam hi fundatores prouiderunt de eleemosyna filiabus Baltasaris de Tapia, quæ quidem tunc temporis nuptæ erant, & ijs æquiparant has filias dicti Didaci, & eius vxoris: igitur in eisdem quod in filijs Balthasaris censendum est, esse dispositum: nam dispositum in vno, ex casibus æquiparatis censetur & in alio dispositum, & ex † vicinitate & contiguitate scripturarum & clausularum sumenda est declaratio de vna scriptura & clausula ad aliam, *ex dictis per Ias. in leg. triticum. numero 6. ff. de verborum obligati.* & † verisimilitudo ex vicinitate colligitur, *ex leg. si seruum plurium §. fin de legat. 1. leg. hæredes palam, §. sed si nota, ff. de testamentis. qua iura & alia allegant Dinus in c. inspicimus, de regulis iuris in 6. Mantica vbi supra libro 6. titul. 13. nume 3.*

Octauò, quoniam fundatores ij fœminis, quæ in sortes sunt trahendæ, assignant & limitant tempus ad se maritandum, non vero his filiabus & descendentibus dicti Didaci de Almaraz, & eius vxoris: ergo in ijs non considerauе-

rauerunt fundatores, ficut in illis matrimonium, ita vt eleemosyna hæc esset directa ad illud contrahendum, & petenda antequam contraherent matrimonium, quandoquidem tempus ei non assignatur, intra quod post petitam eleemosynam & concessam contrahere teneantur, sicut assignatur illis extraneis, siue consanguineis intra quartum gradum generaliter vocatis, vt apparet clarè ex clausula cum ijs loquente; & itidem ex nostra cum illis Didaci & eius vxoris descendentibus disponente, ibi: *Pero con las dichas nuestras parientas dentro del quarto grado queremos que se guarde el modo y orden de nombrar, y suertes que tenemos ordenado de suso en las donzellas estrannas.* Ecce ergo quomodo per argumentum à contrario sensu, & ab speciali dispositione assumitur & colligitur clarissimè, fundatores voluisse etiam in modo & ordine nominandi & percipiendi eleemosynam priuilegiari filias Didaci, & eius vxoris, ita vt non sit necesse ab eis peti eleemosynam ante matrimonij contractum: nam si dictus ordo nominandi extraneas, & sortiendi cum eis, cum consanguineis etiam, intra quartum gradum generaliter vocatis, est etiam seruandus: ergo à contrario, & à limitata dispositione, exceptæ remanent hæ Didaci, & eius vxoris descendentes; limitata enim causa limitatum producit effectum, *leg. age cum Geminiano. Codic. de transactionibus.* & exceptio firmat

37 regulam in contrarium, & id † quod per argumentum à contrario deducitur, apertissimè dicitur constare ex voluntate disponentis, *leg. si quis locuples, in fine, ff. de manumiss. testamenti.* & vnum dicens aliud excludit, *capit. nonne. de præsumptionibus. leg. cum prætor, in principio. ff. de iudicijs:*

38 conditioque † apposita vni rei, vel vni personæ non intelligitur repetita in relicto alterius rei, vel alteri personæ facto in diuersa oratione, *leg. qui fundum, ff. de contrahenda emptione.* Et in donatione notat Socinus *consilio* 143. *nume.* 1. *volum.* 3. Et dato, quòd diceremus hanc qualitatem, & hoc requisitum petendi eleemosynam per has filias & descendentes dictorum Didaci, & eius vxoris ante contractum matrimonij, esse omissa à fundatoribus, adhuc dicta circa hoc in casu expresso, ad hunc extendi dicendum est, *ex dictis per Crauettam, & alios relatos per Manticam vbi supra libro* 3. *titul.* 19. *numero* 5. cum adsit eadem ratio in omisso, sicut in expresso. Quod patet: quia si filiabus, & descendentibus Didaci, & eius vxoris danda est hæc eleemosyna, etiamsi patres eorum sint admodum diuites ad maritandum eas: igitur & idem, si iam maritatæ sunt, eis dabitur eleemosyna, si eam petierint, tempore quo nominandæ sint cæteræ puellæ, vel ante nominationem earum. Et quis dubitat, nisi quòd idem in hoc casu respondissent fundatores, si de hoc fuissent interrogati, cum in casu fortiori, scilicet, cum patres eorum sint admodum diuites, & possunt eas dotare, adhuc volunt hanc eleemosynam eis præstandam: & sic cum id respondissent, si de hoc cogitassent, censendum est, sic disposuisse, *secundum Manticam. dicto numero* 4. & mens † disponentis sem-

39 per in omni dispositione attendi bebet. *leg. semper in stipulationibus, & leg. Neratius, ff. de regulis iuris, cum similibus.* Mensque contrahentium verisimilis attendi debet, *secundum Socinum Iunio. consilio* 36. *numero* 12. *volumi.* 3. Prædomina-

40 turq; † disponentis mens, & ei verba omnino seruire debent, etiam cum ipsorum improprietate, *vt per eundem Socinum dicto numero* 6. Mentique potius standum, quam cortici verborum, *vt per eundem, consilio* 75. *numero* 34. *volumine* 3.

41 Quæ † quidem mens ex verbis disponentium, & ex affectione personarum, ne actus pereat, colligitur, etiamsi secundum propriam significationem saluari non posset, *secundum Manticam, vbi supra, libro* 6. *titulo.* 11. *numero* 12. *fol.* 130.

Cum igitur, vt omnia recopilemus, & resoluamus in præsenti consultatione, fundatores circa has Didaci filias, & descendentes consanguinitatem solummodo non verò paupertatem respexisse videantur, vt causam finalem, & ex eis maiorem ætate vocauerint, & in istius commodum, & fauorem disposuerint, noluerintq; in eis ordinem, & modum seruari nominandi, & sortiendi cum alijs dispositum, specialiterque, vel primo nominata; censetur magis dilecta, & absurdum esset magis dilectum reijcere, & admittere minus dilectum, & hic non deficit causa, sed adimpleta est, manifestè patet huic non denegandam eleemosynam hanc, etiamsi tempore quo eam petit esset iam desponsata, per verba de præsenti: præsertim cum hanc & sorores eius Didaci, & vxoris suæ descendentes priuilegiare fundatores ex certa scientia voluerint, & fauor ampliandus, non verò restringendus est, & fundatores, si de hoc interrogarentur, ita respondissent, & sic tandem fuit iussum, quantumuis patronis reclamantibus:

42 & quid † si fuerint mille coniunctim legata, pro duabus puellis maritandis, an si altera earum ante nubilem ætatem moriatur, ius accrescendi locum habebit, vide Manticam *vbi supra, libro* 10. *titul.* 3. *numero* 18. Et quid, si le-

43 gatum † est pro prima filia nubenda, si maior natu decesserit, & secunda genita prius nupserit, an ei debeatur, vide Manticam *vbi supra libro* 8. *titulo* 7. *numero* 10. *fol.* 181. Et nota,

44 quod si quis † suo testamento legauerit aliquid pro maritanda puella, si ea testatore viuente maritetur, & dotetur, extinguitur legatum, *secundum Paulum de Castro, consilio* 112. *volumi.* 1. *& Doctores in lege, Lucius. la.* 1. *de legat.* 3. *& per Tiberium Decian. responso* 70. *numero* 13. *volumine* 3. Si tamen postea testator non mutauerit testamentum, debebitur puellæ huic legatum ab hæredibus testatoris, *vt notatur in leg. si mater, C. de inofficio. testamento. Tiraquel. in l. si vnquam, verbo susceperit. num.* 219. *Sebasti. Medices in tractatu, mors omnia soluit,* 2. *par. conclus.* 36. *in fine,* & Mantica *vbi sup. lib.* 12. *titul.* 1. *numer.* 13. *fol.* 317. vbi hoc intelligit, quo-

quoties testator sciuit, & potuit mutare testamentum,& non mutauit:sequitur Decia. *responso 46.numer. 53.cum sequen. volum. 2. faciunt doctrina Paul.Castrensis in l. si quis, §. irritum, numer. 4. ff. de iniust.rupto. Pro quo faciunt dicta in l.2.titul.1.lib.1. recopilat.num.2.* Sed circa hoc vide quæ sup. hoc eodem consilio late remanent dicta, & declarata *in numero vigesimo quinto.* Et ad omnia consilia notabis, 45 quod *Consulentes † vbi habent illæsam conscientiam ex aliqua ratione concludente, possunt alias colloratas adducere, secundum Socin. Iunio. consil.143.volum.3.* Nam vt alibi dixi *in titul. 16. lib. 2. recop.* vna ratio non ita concludens mouet iudicium vnius iudicis, quæ non moueret alium iudicem, & vni videtur vna concludens, quæ alteri non videbitur, & ideo data conscientia illæsa, & plures rationes non ita concludentes adduci possunt cum vna concludente, licet in hoc consilio meo omnia sup. adducta concludentia sint.

46 Notabis itidem in trãscursu, quod † relictum puellæ pro ea maritanda, potest peti per eam nubilis ætatis, præstita cautione de nubendo, *Bar. l. Titio Genero, ad finem, ff. de conditio. & demonst. & Simonem de Pratis de coniectu. vltim. volunta. lib. 5. dub. 1. n. 22. pag. 474.*

CONSILIVM II.

In causa Iurispatronatus proximiori deferendi.

SVMMARIA.

1 *Factum narratur.*

2 *Succeditur per fideicommissum, & non per vulgarem, quoties vltimo morienti fit substitutio, & non sunt expressi casus vulgares.*

3 *Dies mortis tanquam incertus conditionem importat.*

4 *Ius patronatus per viam maioratus relinqui potest.*

5 *Intelligitur tex. in l. cum ita, §. in fideicommisso, de legatis 2.*

6 *Testatoris persona, non vero vltimi possessoris attenditur in successione fideicommissi. num. 6. Etiam si non addatur relatiuum meis, ibi, & sequen.*

7 *In fideicommisso non agitur de successione vltimi possessoris: sed primi institutoris.*

8 *Proximi testatoris censentur vocati, & præferri.*

9 *Fideicommissum relictum Cyppo alicuius domus intelligitur secundum ordinem gradus, vt proximiores admittantur.*

10 *Legatum factum cognatis intelligitur de cognatione testatoris.*

11 *Verba quæ possunt referri ad grauatum, & ad testatorem in dubio sunt ad testatorem referenda.*

12 *Substitutio facta de proximiori sui generis, intelligitur de proximiori testatoris. & num. 21. & 22.*

13 *Linea incipere non potest, nisi ab eo, qui successionem occupauit, & num. 14. Infertur ad hoc vnum singulare ab authore consideratum.*

15 *Proximior vltimi possessoris, qui non est de familia testatoris excludetur per alium de familia etiam remotiorem.*

16 *Transmissio non habet locum mortuo vocato ante conditionis purificationem, num. 16. etiam vt neque in filios transmittatur. numero 24. & numer. 27. etiam ampliatur.*

17 *Conditio tacita ex testamento morientis procedens impedit transmissionem.*

18 *Clausula quando dicatur apposita in executiuis.*

19 *Testator si reliquit nepoti domum vel fundum, adijciens, quod talis domus vel fundus reuerteretur ad hæredem, quem instituit, si hæres moriatur ante nepotem sine liberis masculis non debebitur domus vel fundus hæredibus illius primi hæredis prædefuncti.*

20 *Legatum relictum legatario quoad viueret, si moriatur antequam acquiratur cum affectu non transmittit illud legatum.*

23 *Testator vocans suos de familia penes proximiorem, ordine successiuo, censetur habuisse affectionem.*

25 *Coniectura quæ legatum conditionale transmissibile faciunt, ante conditionis euentum. num. 25. nisi vt num. 26.*

28 *Fideicommissum vel legatum si efficiatur caducum deuenit in substitutum vocatum.*

29 *Hæres si quis instituatur ad vitam, & post eius mortem alius, iste secundus hæres institutus censetur vocatus per fideicommissum.*

30 *Filius in fideicommissis non intrat locum patris, sed prior in gradu admittitur, & n. 39. ampliatur etiam si agatur de succedendo patruo magno.*

31 *Filius in aliis dispositionibus, quam maioratus non intrat locum patris.*

32 *Deferri aliquid iure hæreditario quomodo intelligatur, n. 32. vbi quid è contrario.*

33 *Filius nõ intrat locũ patris in delatis iure hæreditario.*

34 *Dispositio iuris consideratur, & sic successio legalis, vbi succeditur iure hæreditario, secus vbi iure sanguinis, nam tunc affectio testatoris consideratur, quam habet ad proximiorem.*

35 *Gradus prioritas cum consideratur non admittitur nepos cum patruo, sed proximior testatoris & sic patruus admittitur.*

36 *Filius quando intret locum patris.*

37 *Fideicommissum etiam vbi est perpetuum consideratur proximitas testatoris.*

38 *Repræsentatio nullo modo admittitur vltra filios fratrum.*

40 *Repræsentationi non est locus nisi vbi agitur de successione ascendentium vel transuersalium vsque ad filios fratrum.*

41 *Lex cum auus, ff. de conditionib. & demonstrationib. non habet locum quoties extraneus aliquis vocatur cum grauamine restituendi.*

42 *Conditio, si sine liberis decesserit, non intelligitur in collateralibus.*

42 *Transmissibile an efficiatur illud quod alias non est transmissibile, cum agnationis conseruatio consideranda venit.*

43 *Familia non ita conseruatur in linea fœminina sicut in masculina.*

44 *Familia testatoris & eius memoria confunditur ex immixtione nominis, & armorum, neque in posterũ discerni valet, an huius, vel alterius sit familia.*

45 *Testator si præcipiat successoribus, quod depingant arma in sua capella, quam construxit, successor in patronatu tenebitur ipsa insignia sola & non cum alius apponere, causa memoriæ suæ conseruandæ.*

 46 Dispo-

46 *Dispositio testatoris semper intelligitur simpliciter, neque verificari potest in casu, vbi aliquid immixtum inuenitur.*

46 *Verba testatoris in potiori significato, & per prius, & non per posterius sunt accipienda.*

47 *Familia vera, & directa est illa qua per masculos descendit, indirecta vero illa, qua per fœminas.*

48 *Familia appellatione illa qua est agnatorum comprehenditur.*

49 *Fideicommissum factum Cyppo alicuius domus debet prius venire in agnatos, secundum ordinem graduum vt proximior de Cyppo admittatur.*

50 *Testatoris verba in dubio sunt conformanda cum dispositione legis.*

51 *Fideicommisso eodem modo succeditur, quo ab intestato succedi solet.*

52 *Testatoris dispositio est interpretanda secundum eius voluntatem, qua totum facit, & voluntas hac secundum affectionem carnalem est iudicanda, qua in proximioribus versatur.*

53 *Bona in dubio libera præsumuntur, & non subiecta maioratui.*

54 *Voluntas testatoris non procedens ad dispositionem non attenditur.*

55 *Maioratus non censetur constitutus ex vocatione filij maioris, numer. 55. quod secus est in eo qui dixit, quod filius primogenitus succedat in maioratu, numer. 56.*

57 *Testamenti vna particula per aliam eiusdem testamenti declaratur.*

58 *Proximiores omnes in eodem gradu existentes admittuntur ad fideicommissi successionem.*

59 *Maioratus an transeat vltra expresse nominatos & vocatos.*

60 *Nepos pronepoti in maioria præfertur.*

61 *Maioratus non censetur constitutus ex nominis & armorum grauamine.*

62 *Voluntas inepte inuestiganda non est, in cuius vestigatione plerumque erratur.*

63 *Repræsentatio in maioratibus admittitur, nisi de cōtraria voluntate appareat.*

64 *Testator vocans superstites & viuentes, eos tantum vocare intelligitur & substituere.*

Lis & causa præsens fuit inter Ferdinandum Nieto actorem ex vna parte, & Gundisaluum de Almaraz, ex altera reum, & pro suo interesse se opponentem prætensioni iuris cuiusdam patronatus per d. Ferdinandum actorem petiti, virtute clausulæ sequentis à Ferdinando de Almaraz in suo testamento ordinatæ in hunc modum.

Iten mando, que sea patron de la dicha capellania, segun y en la manera que dicha es, Pedro de Villoldo mi sobrino, hijo de Aluaro de Villoldo: despues de sus dias, succeda la dicha capellania y patronazgo en su hijo mayor: y despues de sus dias deste hijo mayor, el otro hijo mayor que quedare del dicho Pedro de Villoldo, y esto se entiende, ora sea hijo mayor, ò hija: è despues de sus dias, mando que aya el dicho patronazgo, segun y como dicho es, Fernando de Almaraz, hijo de Pedro Nunnez de Almaraz mi hermano. y despues succeda en otro hijo ò hija mayor del dicho Pedro Nunnez. Por manera que siempre el dicho patronazgo quede, y este en vno de mi linage, que se llame Almaraz, y sea de legitimo matrimonio, y quiero que otro alguno no lo sea, aunque aya dispensacion de nuestro muy sancto Padre, ò del Rey, ò Reyna nuestros sennores, è mando que assi succesiuamente, como dicho es, ande el dicho patronazgo, y el patron, que ansi fuere de la dicha capellania, aya y tenga la casa en que yo agora viuo: el qual dicho patron aya y este en las dichas casas, porque vea seruir la dicha capellania y cure de mi anima.

1 Virtute † huius clausulæ illi nominati de Villoldo successerunt in hoc patronatu, & dum vltimus horum de Villoldo mortuus fuit, Ferdinandus de Almaraz primo post eos vocatus, mortuus itidem erat, & itidem alii sui fratres filij Petri Nunnez de Almaraz. Itaque solum remanserunt dicti litigantes, quorum vnus Ferdinandus, scilicet, Nieto, est pronepos, vulgo, *bisnieto*, dicti Petri Nunnez de Almaraz fratris testatoris, alius vero litigator, videlicet Gundisaluus de Almaraz, est nepos dicti P. Nunnez de Almaraz filius Francisci de Almaraz, qui quidem Franciscus de Almaraz filius fuit secundus, aut tertius dicti P. Nunnez de Almaraz, cuius filius maior, aut filia fuerunt vocati per testatorem ad dictum patronatum, post mortem dictorum de Villoldo: ita quod ambo litigantes ab vno procedunt stipite, scilicet, à dicto Petro Nunnez fratre testatoris, propinquior tamen & proximior testatoris, quā Ferdinandus Nieto aduersarius. Fuit lis maxime inter hos colligitantes discussa, quis eorum esset ad hunc patronatum admittendus, & tribus conformibus sententiis (quantumuis doctissimis viris contrariantibus) causa decisa fuit in fauorem dicti Gundisalui de Almaraz, pro quo ego allegaui sequentia, ex quibus iustitia eius clarissima remansit.

Et antequam rem aggrediamur, primo præsupponendum est, quod vt ex dicta fundationis clausula iuris patronatus apparet, fundator eius erat transuersalis propinquus horum litigantium & suorum parentum & ascendentium: fuit enim (vt vides) frater dicti P. Nunnez, & ipsimet etiam litigantes inter se, & cum testatore transuersales sunt, vt ex dicta fundatione & processu appatet.

Secundo præsuppono, quod virtute dictæ clausulæ fundationis iuris patronatus succedendum est in tali iure per viam fideicommissi perpetuo inter illos de familia & genere & inter expresse nominatos temporaliter successiue, vnus post alium. Et quod ita sit, patet: nam primo testator fecit & inseruit speciales vocationes & expressas, & postea sub nomine familiæ latentes fecit vocationes, vt in suo genere & familia ius hoc patronatus conseruaretur successiue, quasi diceret, vnus post alium de familia succedat, & quod succedat hic per fideicommissum, & non per vulgarem, facit; Tum, quia † vltimo morienti fit 2 substitutio, tum etiam, quia non sunt expressi casus vulgares, scilicet, si noluerint vel non potuerint, *vt inquit Tiberius Decia. respons. 1. numer. 29. cum 6. sequen. volumine 1. & secundum tex. in leg. cum ita legatur,*

gatur, §. *in fideicommiss. de legat. 2. ibi, primo nominati ad fideicommissum vocantur*, & eis extinctis in casu, in quo tractus successiuus & perpetuus requiratur, vt in nostra clausula requiritur, ibi (*por manera que siempre*) proximiores de familia sunt admittendi, post acceptationem & mortem nominatorum, & ii qui ex eis procreati fuerint, post mortem & acceptationem proximiorum, & sic per fideicommissum, non vero per vulgarem succedunt, *per quem tex. ita dixit Paul. de Castr. ibidem, numer. 2. & 3. & sequuntur alij relati per Molin. de Hispano. primoge. lib. 1. cap. 5. numer. 27. vbi allegat Couarru. hanc dicentem communem opinionem, & id aliis mediis probat ibidem ipse Molin.* In præsenti tamen nominatæ sunt specifice personæ, vnus post alium, & eis extinctis proximior de familia testatoris, vt infra dicetur successiue vnus post alium, & post mortem vnius alter. Igitur clarissime apparet esse fideicommissum.

Tertio & finaliter præmittendum est, fideicommissum hoc esse conditionale, idque apparet manifeste; nam cum post mortem vnius ex nominatis alter vocetur, & post mortem omnium nominatorum proximior de familia, conditionalis est hæc dispositio, & per consequens fideicommissum conditionale, quandoquidem tempus mortis expectatur, quod quidem tempus est incertum, iuxta illud dictum Domini, vigilate & orate, quia nescitis diem neque horam, & probat expresse text. *in l. vnica, §. sin autem aliquid sub conditione, C. de cadu. tollen.* & text. à contrario sensu *in leg. 34. titul. 9. part. 6. ibi (à tiempo cierto)* quasi secus si ad tempus incertum, diesque 3 † mortis, tanquam incertus in testamento conditionem importat, *secundum d. iura & ex text. in l. 1. §. dies incertus, ff. de condi. & demonst. & in leg. heres, §. 1. eod. tit. & leg. 4. ff. quando dies lega. cedat. l. si pecuniam, §. fin. ff. de leg. 2. l. dies, de condi. & demonst. & optime per Angel. in §. si peculium, institut. de legatis, & Anto. Gom. tom. 1. [illegible]ariar. cap. 12. numer. 57. & per Manti. de coniectu. v[illegible] volunt. lib. 11. titul. 20. numer. 3. & 4. vbi ampliat.* Neque obstat, dict. l. hæres *in princip. ff. de condition. & demonst.* vbi legatum fuit relictum in diem, non omnino incertum, vt si dixisset, cum morietur, & tamen est purum, & transmittitur ad hæredes. Nam dicendum est, quod ibi loquitur de die imposita incertæ personæ legatarij, secus vero, si certæ, hoc est, personæ hæredis: quia tunc cōditio naturalis est, & nō transmittitur. Et ratio differentiæ est: quia in primo casu dies legati necessario debet cedere in vita legatarii. In secundo vero casu incertum est: ita dicta iura interpretantur Doctores *in l. vnica, §. cum igitur, C. de cadu. tollen. communis, secundum Iasonem, in leg. si cui legetur, §. hoc autem, ff. de legat. 2.* præsertim cum in præsentiarum testator expresse conditionem apposuerit, exprimendo post mortem primi nominati, ibi (*despues de sus dias*) secundo nominatum succedere debere, & sic deinceps, ita quod manifeste exprimit testator, se velle, vt post mortem vnius, alter, & sic expressa conditio iudicatur, imo etiam si tacite intelligeretur, vt infra dicetur, ac si expresse non transmittitur, cum sit conditionale in alios vocatos expresse, præsertim cum & ipsi mortui fuissent ante Petrum de Villoldo.

Quibus sic præsuppositis, lis & iustitia Gundisalui de Almaraz consistit in duobus punctis examinandis, quibus examinatis, clarissima patebit iustitia Gundisalui, quæ quidem tribus conformibus sententiis in contradictorio iudicio fuit declarata ex parte sua, declarando eum verum patronum, & excludendo Ferdinandum Nieto, & harum allegationum virtute sic fuit iussum.

Primusque punctus examinandus est, num post mortem nominatorum per testatorem, expresse debeat succedere Gundisaluus, tanquam proximior testatoris, an vero pars contraria, repræsentando personam patris sui, ex vi maioratus, vel tanquam proximior vltimi vocati & nominati.

Secundus punctus est, an testator in præsentiarum voluerit ius patronatus deferri ex iure & vi maioratus, ita quod virtute verborum clausulæ dictæ, maioratum in eo constituerit, prout constitui potest. Ius † enim patronatus per viam maioratus relinqui poterit, & in eo sicut in constituto in aliis bonis, habebit locum, *leg. 45. Tauri, secundum Molin. alios allegantem de Hispa. primoge. libr. 1. cap. 1. numer. 26. & 27. & Menes. in rubri. numer. 9. C. de fideicommissis, & Pelaez de maior. in initio 1. part. numer. 7. vbi reprobant contrarium tenentes.* 4

Et quo ad primum punctum, præsupposito, prout in sequenti puncto videbimus, hic non esse constitutum maioratum, apparet Gundisaluum tanquam proximiorem de familia testatoris, quem testator visus est vocasse, esse præferendum & admittendum ad hunc patronatum, excluso aduersario, ex sequentibus.

Primo ex tex. iam à me allegato, *in l. cum ita legatur, §. in fideicommisso, de leg. 2.* liquidē † illic relicto fideicommisso familiæ, primo admittuntur nominati expressim à testatore, qui grauati sunt, & post eos omnes extinctos non admittūtur proximiores grauatis & nominatis, sed proximiores ipsi testatori, vt ibidem cōstat: igitur apparet probare legem illam intentum nostrum. Neque obstat, quod illic dicitur, & qui ex his primo gradu est. Etenim aduertēdum, ne quem decipiat Iurisconsulti locus: mortuo enim testatore, nominati admittuntur, & his omnibus extinctis, qui tēpore mortis testatoris erant de nomine & familia ipsi testatori proximiores. Ecce quod tunc proximiores testatori, & non proximiores grauato admittuntur. Deinde post hos inquit Consultus, qui ex his primo gradu & ex iis, scilicet, proximioribus testatori, nō vero ipsis nominatis, secundū intellectū gloss. verbo, & qui in vltima eius interpretatione, quę magis cōmuniter recepta videtur, & verior est. Hi vero proximiores sunt testatori, quia si secūdo loco admissi erāt proximiores testatori, iis deficientibus & extinctis, qui primū gradum obtinent etiā respectu illorum, iam sunt testatori proximiores. Proximior etenim gradus testatori ad- 5

tori admissus fuit, & eo deficiente subintrat sequens gradus & primus post proximiorem, vel secundus ab illo respectu testatoris: ergo deficiente gradu proximiore, & primo, secundus gradus subintrat & est proximior ipsi testatori.

6 Fit igitur ex his manifestum, semper † attendi personam testatoris, non autem ipsius vltimi possessoris, vel grauati, prout ita in specie pro hac opinione considerat illum textum, Couarru. *in practicis quaestio. capit. 38. numer. 3. in princip. & ante eum Maria. Socin. Iunio. consil. 126. numer. 1. volumine 1.* Item, fideicommissum relictum proximioribus, intelligitur ipsius testatoris, non vero grauati, etiam si non addatur relatiuum meis, vt est communis, teste Tiberio Deciano alios referente, *respons. 74. numer. 33. & sequentibus, volum. 3.* etiam si ipse Decia. *respons.* 100. *volum.* 3. aliud velit, & Menoch. *consil. 124. num. 3. cum sequent. & consil. 442. num. 18. vol. 5.*

Secundo & pro hac parte allego tex. *in l. peto, §. fratre, de leg. 2. ibi, vt proximus quisque primo loco videatur inuitatus.* nam non videtur dubitandum, quin ibi loquatur de proximo testatori, cum in huiusmodi fideicommissis ipsius personam & proximitatem considerandam esse, dicendum sit, vt voluit gloss. fin. *in l. ii qui cum plures. de legat. 3.* quae dicit, ideo in eadem lege omnes liberos admitti, quoniam omnes erant pariter proximi testatoris.

Tertio, quoniam id probatur euidentissima 7 ratione: nam in fideicommissis clarum est, non agi de successione vltimi possessoris, sed primi institutoris, *l. coharedi. §. cum filia, cum similibus, ff. de vulga.* communiterque id ab omnibus receptum est. Cum igitur de successione primi institutoris agatur, ineptissimum esse videtur excludere proximiorem illius, de cuius successione agitur & admittere illum, qui alteri, de cuius successione non agitur, proximior est: sicut ineptum videretur, si agens de successione Titii ad illam obtinendam, contenderet se esse consanguineum proximiorem Petri, de cuius successione non agebatur; quod & corroboratur ex eo, 8 quod † is, qui fideicommissum, aut maioratum instituit, censendus est, eos qui sibi consanguinitate proximiores fuerunt, caeteris praeferre, atque propter illos, caeteros remotiores excludere: cum quanto magis quis sit institutori coniunctus, censeatur etiam magis dilectus, *l. si viua matre, cum similibus, C. de bonis mater.* & fideicom- 9 missum † relictu Cyppo alicuius domus, intelligitur secundum ordinem graduum, vt proximiores de Cyppo intelligantur vocati, *secundum Angel. relatum, & sequutum per Bartol Socin. consil. 49. numer. 1. volumine 1.* & sic respicit ordinem successiuum, *vt & per Peral. in dict. §. in fideicommisso, numero 16 pag. 361.*

Quarto, id ipsum etiam confirmari potest *ex tex. in l. fin. ff. ad Trebellia.* à contrario sensu: nam si in casu illo fratres vtrinque coniuncti non fuissent inuicem substituti, vocatur ad fideicommissum, etiam qui ex vno latere tantum erat coniunctus, quia pariter omnes testatori coniuncti sunt. Sic ergo ibi probari videtur, quod persona testatoris, & non grauati attendi deberet: nam si persona grauati attenderetur, frater eius vtrinque coniunctus praeferretur consanguineo tantum, *iuxta authen. cessante, & authen. post fratres, C. de legiti. haredi. & dict. l. fin. ad hoc considerauit Bartol. Socin. consil. 294. colum. 18. versic. secundo ista conclu. vol. 2.*

Quintò, quoniam † legatum factum cognatis intelligitur de cognatis testatoris, *secundum Bartol. in l. si cognatis, numer. 2. ff. de rebus dubi.* Verbaque, † quae possunt referri ad testatorem & ad grauatum, in dubio referenda sunt ad testatorem, *secundum gloss. suã, in l. ex facto, in princip. ff. ad Trebellia.* & vtrumque dictum sequens refert Molin. *de Hispanò. primogé. lib. 3. cap. 9. numer. 9. & 10.* vbi *numer.* 8. id etiam in successione feudi probat, vbi proximitas respectu primi authoris considerãda est, & Parisius *consil. 38. numer. 10. volum. 2.* & substitutio † facta de proximiori sui generis, intelligitur de proximiori testatoris, *secundum Ripam, & Tellum, relatos per Pelaez de maio. 2. par. quaest. 8. numer. 3.* (10, 11, 12)

Sexto, & hoc solo fundamento pars haec efficitur clara & indubia, scilicet, quod hoc ius patronatus, de quo agimus, nunquam intrauit lineam P. Nunnez de Almaraz, neque filiorum eius, imo neque in personam Ferdinandi de Almaraz, vocati immediate post illos de Villoldo: si ergo in eorum lineam non intrauit, nullo modo potest admitti Ferdinandus Nieto collitigator, quantumuis abauus eius esset filius maior istius P. Nunnez, cuius filius vel filia maior vocata fuit post mortem de los Villoldos, y de Hernando de Almaraz hijo maior del dicho Pedro Nunnez; & cum in lineam hanc nunquam intrauerit, de iureque habemus lineam † incipere 13 non posse, nisi ab illo, qui successionem occupauit, *vt probatur in cap. 1. de gradibus successio. feudi, notat Alciatus consil 494. numer. 10. & consil. 499. num. 3. & consil. 323. numer. 10. & Moli. de primoge. lib. 3. cap. 6. numer. 34. & 35. vbi declarat, & faciunt dicta per Fulgosi. consil. 229. columna 2. & Anton. Peregrin. in tracta. de fideicommis. articul. 27. numer. 14.* manifeste apparet non esse hic tractandum, de successione Pet. Nunnez, sed testatoris. Et sic † Doctores 14 proponentes quaestionem, an ad fideicommissum vel maioratum admittantur proximiores de familia vltimi possessoris grauati, vel ipsius testatoris, semper praemittunt hunc vltimum vocatum & grauatum esse possessorem, & sic iam admissum cum effectu, *prout licet videre ex Socin. Iunior. in dict. consil. 126. numer. 21. 36. & 46. cum sequentib. volum. 1. & Portio consil 52. numer. 7. & 8. & consil. 121 num. 14. 15. & 23. & Hieron. Tornullus inter eiusdem Portij consilia, consil. 51. num. 5.* quasi nulla admissa persona, vel saltim non admisso vltimo nominato, tunc de manu testatoris capi videatur, & ideo nimirum, si tunc eius proximior admittatur. Idque clarius deducitur ex Moli. *in dict. lib. 3. cap. 9. numer. 1. & 2.* dicente: & fortius dubitam hoc, & quaestionem dictam, an proximior vltimi possessoris, an vero testatoris debeat in hoc casu ad-

casu admitti, & præferri, non esse proponendam inter illũ, qui vltimo † possessori proximior est, non tamen ex familia fundatoris, primique institutoris; is namque à quocunque alio remotiori, qui ex familia primi institutoris descendat, excludetur. In præsenti tamen lite, non solum non successit (vt diximus) Patronatus hic in filios Petri Nunnez, verum neque vltimus possessor, & sic Villoldo non est ex familia testatoris, neque ex virtute & iure vltimi possessoris prætenditur per aduersarium nostrum, neque per ipsum Gũdisaluum de Almaraz, partem nostram, patronatus iste. ¶ Igitur habemus intentũ, scilicet, proximiorem de familia testatoris, & sic Gundisaluum esse præferendum, & sic in nostro casu non habet locum regula illa, quod non est faciendus transitus de vna linea, ad aliam, donec supersint descendentes ex linea, in quam fideicommissum intrauit, prout ex tex. *in cap. 1. de natura succes. feud.* omnes notabant ibidem: quoniam, vt diximus, nũquam intrauit in lineam filiorum Petri Nunnez ius hoc patronatus. Idq; manifestius verum esse apparet, constito, vt præmissum est, fideicõmissum hoc iuris huius patronatus esse conditionale, filiosque ipsius Petri Nunnez, vt ex processu patet & est notorium (eo quod ex illis de Villoldo fuit hic vltimus possessor) nunquam in eo successisse, fideicommissumque, vel legatum cõditionale, moriente vocato ante purificationem conditionis, & sic in vita vltimi possessoris vocati, post cuius mortem, & sic post conditionis euentum, vocatus sequens succedere debeat, non † transmittitur ad hæredes istius vocati, ante cõditionis purificationem mortui, vt probat tex. *id in conditione cum Titius morietur, disponens, in l. hæres meus, §. 1. ff. de condi. & demonstr. & tex. in l. 1. §. dies autem, ff. eodem titu. & ibi communiter Doctores, notant idem Barto. & Doctores, maxime Iason in l. quodcumque, §. fin. num. 2. ff. de verbo. oblig. & Anton.* **Gomez** *alios allegans in tom. 1. cap. 5. num. 9. hanc profitendo communem opinionem, & Paris. consil. 83. num. 1. cum sequentibus, volum. 2.* & tenet gloss. *penul. per tex.* **ibi, in l. 10. titu. 4. part. 6.** vbi idem ampliat procedere in conditione tacite subintellecta, prout est dies mortis, si tempus restituendi fideicommissi, non est expresse appositum, eo quod non est necessaria conditio, quando testator eam tollere potuit & non apponere. Tacita † enim conditio quæ ex testamento morientis procedit, impedit transmissionem, siue in voluntate testatoris sit, eam apponere, siue non *secundum Doctores, maxime Horos. in l. item quia, ff. de pactis*, de qua tacita conditione, quia non est nostri casus, in expressa disponentis, vide Manti. *de coniectu. vlti. volunt. lib. 10. titul. 5. num. 5. & 6.* vbi declarat, quæ sit hæc tacita conditio, vt transmissionem non impediat, & iterum idem Manti. *ibidem lib. 11. titul. 20. num. 5.* & cum in præsentiarum expresse apponatur cõditio, ibi (*despues de sus dias*) mortuo vocato ante huius mortis euentum non transmittitur ad suos, ex dictis, & ex tex. *in dict. l. vnica, §. sin autem aliquid, C. de cadu. tollen. & tex. in l. 34. tit. 9 part. 6.* Idque verum est, etiam si dies incertus apponatur executioni legati, quia totum legatum reddit cõditionale, *secundum gloss. & communiter Doctores, in l. Seius Saturninus, ff. ad Trebel. & Manti. dict. tit. 20. num. 3.* & quando † clausula dicatur apposita in executiuis, vide Octauia. *in decisione Pedemon. 164. num. 3. fol. 426. in magnis.* Item & secundo ampliatur dicta communis, siue fideicõmissum tale sit generale, siue particulare, vt communem testatur Ias. *in l. 1. num. 92 de leg. 1. contra glo. in l. is cui sub conditione, ff. de actio. & obliga. quam communiter reprobari inquit Maria. Socin. Iunior, consil. 117. volum. 1. in propositione casus, vt & infra repetam.* Ex quo in propositum inquit Ias. *ibidem, numer. 94.* quod † si testator reliquit nepoti suo domum, vel fundum, & adiecit, quod talis domus, vel fundus reuerteretur ad hæredem, quem instituit, si ponamus hæredem prius mori, deinde post eum decedat nepos sine liberis masculis, non debebitur domus illa, vel fundus hæredibus primi hæredis prædefuncti, quod quidem ibidem Ias. dicit singulare & notandum: quia forte quis diceret contrarium, & idem testatur Paul. *in l. illud, C. de legat. & in l. Titia, §. fin. in relectione, de lega. 1.* & quod tunc liberi etiam hæredis illius non succedant ex testamento, testatur communem Guido Papa, *decisione 39.* maxime † si relinqueretur illi legatario, dumtaxat quoad viueret: nam clarius est, tunc non transmitti, secundum Rubeum, *consil. 23. per totum, & faciunt dicta per Manti. vbi supr. libr. 9. titul. 2 num. 29.* Ius tamen primogenituræ transit in filios vocatos post mortem patris, etiam viuente patre, & sic filiis ipsis mortuis viuente patre, nepotes huius patris filij, filij maioris prædefuncti ad successionem hanc huius maioratus admittuntur, excluso patruo suo filio secundo aui sui *ex l. Tauri, in titul. de los mayorazgos, li. 5. recop.* idque voluit Decius, *consil. 397. num fin.* & Molin. *de primogen. lib. 3. cap. 6. num. 41. & 42. & 43.* vbi quod & vocati omnes ad maioratum admissi censentur, & in locum parentis mortui subrogantur. Ex quibus manifestum fit in nostro casu, liberos filii maioris Petri Nunnez non debere succedere in hoc fideicommisso patronatus, sed proximiorem de familia testatoris, qui quidem censetur vocatus & substitutus: nam ex dict. §. *in fideicommisso, dict. l. cum ita, de legat. 2.* quoties perpetuitas datur in fideicommisso, prout hic, ibi (*para siempre*) id † regulare est, vt proximior de familia testatoris admittatur, vt remanet probatum, & communem testatur Couarru, *in pract. c. 38. num. 4. versi. primum in dict. §. & Molin. in dict. lib. 1. cap. 4. num. 55.* Nam, vt supra probauimus *in dict. §. in fideicommisso*, succeditur testatori, siue directe, siue per mediam personam, qui † quidem testator semper ad proximiorem sibi de familia affectionem videtur habere, & non ad remotiorem, vel proximiorem grauati, *vt probat tex. in §. si plures, inst. de legi. agnat successio. l. 3. §. si duo, de leg. tutor. l. heredes mei, §. fin. ff. ad Trebellia. notat Deci. consil. 1. numer. 5.* Et sic † videtur testatorem inuitasse illos de familia ordine successiuo, secundum ordinem affectionis, qui colligitur penes proximiores, vt concludunt Doctores, magis communiter, secundum Bartol. Socin. *consi. 49. num.*

num.1.volum.1.& tradit Barba.*consi.27.colum. 11.cum sequentib. volum.* 1. & sic intell ges dicta per Peregrin. *in tract. de fideicomm. artic.* 20. Præsertim cum hic fauor conseruandæ agnationis consideretur, ibi (*este en vno de mi linage, que se llame de Almaraz.*) & ibi (*por manera que siempre*) & ibi (*successiua mente*) ex dictis per Manti. *de coniectu. vlti. volum.lib. 6. titul. 15.num. 11. cum sequenti.fol.137. & supra in tertio fundamento*, quo casu, proximior in gradu ordine successiuo vocatus censetur in perpetuum, *vt ibi per Manti. & per eundem ibidem in lib.8.titul.12.numer.* 34. *fol.*191.& per consequens in nostro casu Gundisaluus hic, tanquam proximior testatoris, & caput familiæ, & per lineam rectam masculinitatis procedens, præferendus est, & vocatus censetur, & in eo affectionem testator posuit ex dictis, & præmaxime: quia cum ius hoc patronatus non relinquatur per viam maioriæ (vt infra dicemus) conditionaleque sit, neque per Petrum Nunnez agnitum, propter eius præuentam mortem, antequã vltimus de Villoldo vocatus moreretur, in suos ipse Petrus Nunnez transmittere non potuit, cum & de iure vltra dicta habeamus, adeo non

24 † transmitti fideicommissum, vel legatum conditionale, ante conditionis euentum, vt neque in filios vocati morientis, ante implementum conditionis transmitti possit, *ex gloss. in l. 1. C. de his, qui ante apert. tabu. quam sequitur Rubeus, consil.28. num. 8. & gloss. ante l.34.tit.9 part. 6. aliam contrariam reprobans prout & reprobat Manti. in tracta. de coniectu. vlti. volun. libr. 11. tit 20 num.1. & Parif. consil.83, num. 4. volum.2.*& communiter reprobari inquit Socin. Iunior, *consil. 117. numer. 24. & in subscriptione Parisii, lib. 1.* vbi per totum consilium ponit aliquas † cõiecturas, quibus legatum vel fideicommissum

25 conditionale fit transmissibile, ante conditionis euentum, *& Manti. vbi supra, lib. 11.titul. fin.* Nam

26 † regulariter non transmittitur, vt vides, & hoc nisi vocatum ipsum & hæredes eius in infinitum expresse vocauerit, prout communem testatur Decius, *consil.515. num.1. & 2.*& in tantum non trãsmittitur, vt id verum sit, etiam † si tale fideicom-

27 missum vniuersale ab ascendentibus relictũ esset, prout communiorem testatur Bartolo. Socin. *consil.77. numer.3. volum.1. & Menes. in l. si in personam, num.3. C. de fideicommis. & sic inquit Ioan. Andr. relatus & secutus per eundem Barto. Socin. consil.113. nume. 5. volum.* 1. quod ex quo tempore mortis vocatorum, quo filius maior Petri Nunnez (vt in casu nostro loquamur) succedere habeat, mortuus est, quoad ipsum filium maiorem expirauit fideicommissum, & sic deuenire debet in proximiorem de familia testatoris, ab ipso testatore in effectu vocatum: nam & id regulare est, quoties † fideicom-

28 missum, vel legatum conditionale efficitur caducum, vt in nostro casu, quod deueniat in substitutum vocatum, *vt probat tex. in l. vnica, §. fin autem aliquid sub conditione, C. de cadu. tollen. ex tex. in l. 34. in fine, titul.9.part.6.* sic & eodem modo, si † vnus in-

29 stituatur hæres ad vitam, & post eius mortem alius, iste secundus censetur vocatus per fideicõmissum, *secundum communem Bal. opinionem relatam per glossam magnam, in l.15. titul.3. parti. 6.* & per consequens mortuo secundo hærede in vita primi remanet penes primum, *vt ex dict. § sin autem aliquid notat Decius, consil.278.*

Quæ quidem & vlterius corroborantur, quoniam † in fideicommissis filius non intrat locum 30 patris, sed prior in gradu admittitur, *vt per Cuma. numer.107. corrupte allegatum per Deci. consil. 1. numer. 5. quem & alios referens sequitur Meno. consil. 442. num. 16. & num.17. ponit rationem, volum. 5. & Anton. Gabriel in suis communibus, titul. de fideicommissis, conclus. 3. per totam.* In aliis † enim dispositionibus, quam 31 maioratus, filius non repræsentat, neque intrat locum patris, prout nouissime vidi assertum per Pelaez. *in tract. de maiora.2. part. quæst. 9. numer.12. sic restringendo legem 40. Tauri*: & dato quod in his quæ fauore conseruandæ agnationis relinquuntur, transmitti possit, & sic esset locus repræsentationi, id tamen procederet in aliis casibus, quã in nostro, vt ex infradicendis apparebit: aliter enim filius non intrat locum patris, (vt diximus,) cuius ratio est. Nam vt dictum est in fideicommisso testatori, non vero vltimo successori succeditur, & per consequens iure hæreditario fideicommissum non deferatur; id namque † dicitur 32 iure hæreditario deferri, quod non nisi hæredi iure hæreditario defertur, & competit, illud autem è contrario, non iure hæreditario dicitur deferri & competere, sed iure sanguinis tantum, in quo is qui hæres non est, vel etiam qui hæres est, ex sola agnatione, seu cognatione, seu speciali & expressa vocatione succedit, *secundum Bart. in l. vt iurisiurandi, § liberi ff. de operis libert. relatum & secutum per Molin. de primoge. d. lib. 1. cap. 8. numer. 6.* manifeste patet, filium non intrare locum patris, vtpote quia communior est opinio, in † iis quæ nõ 33 iure hæreditario deferuntur, filium locum patris non intrare, *secundum Deci. consil. 1. num. 5. & Molin. vbi sup. lib.3. cap.6 num.40.*& ratio rationis est, *secundum eundem Decium, consil. 79. num. 1.* quoniam vbi succeditur iure hæreditario, consideratur † dispositio iuris, & sic successio legalis, quæ est, quòd 34 filius intret locum patris, sed cum succeditur iure sanguinis, vel specialis vocationis, tantum consideratur affectio testatoris, quam habere videtur ad proximiorem in gradu, & sic proximior testatoris & de familia eius, venit admittendus exclu so remotiori, quantumuis abauus huius remotioris, si viueret, veniebat admittendus, prout ex clausula fundationis colligitur, ibi (*por manera*) & ibi (*de mi linage*) & sic proximior suus, non vero vltimi possessoris vel vocati, sed nunquam admissi, & per consequens solus Gundisaluus souet iustitiam, & est vocatus tanquam testatoris proximior, & de eius familia: præsertim, quia quando † prioritas gradus consideratur, non ad- 35 mittuntur nepotes cum patruo, sed proximior testatoris, & sic patruus admittitur, prout in iure patronatus communiter testatur Alexand. *consil.4 n.11. volum. 4. relatus per Dida. Per. in l. 1. tit. 6. lib. 1. ordi. colum.242 & Ant. Go. in l.8. Taur. numer.17.* & nouissime, quando † filius intret locum patris, 36 etiam in fideicommissis, vide optime per Tiberium Decia. *respon.28 per totum, volumine 1.*& in nostro ca-

stro casu cum agatur de succedendo transuersalibus, & in iis in præsenti non sit succedendum patruo magno, sine dubio est tunc filium non intrare locum patris, vt per Decia. *vbi sup. & optime per Clarum, recepta sent. vers. fideicommissum. quæst.* 11. *numer.* 4. *& eundem Decia resp.* 1 *num.* 358. *cum sequentibus. volum.* 1. & Marzar. *in epitome de fideicommissis, quæst.* 18. vbi optime distinguunt communes contrarias in hoc existentes inter Doctores, vt, scilicet, si fideicommissum familiæ, vel proximiori relictum prouenit ab ascendente, vel à patruo magno, filii fratris huius patrui magni admittantur cum eius fratrib. per repræsentationem, & quod non sit ad excludendum alium, sed ad concurrendum cum illo, *vt per eundem Decian. respon.* 55. *numer.* 13. *cum pluribus sequentib. volum.* 3. *maxime. numer.* 19. *in fine*, nisi sit dictum salua gradus prærogatiua, *vt per Peral. infra alleg. dum, pag.* 370. *& Peregrin. in tract. de fideicommis. artic.* 21. Neque obstabit iis dicere, tex. *in dict.* §. *in fidecom* loqui, cũ proximior admittendus viuit tempore mortis testatoris, non vero si post eius mortem nascatur: nam verum est id tex. illum velle, procedit tamen quoties fideicõmissum esset temporale, secus vero si in familia perpetuo deberet remanere, prout testator noster voluit, ibi (*por manera que siempre el dicho patro-*
37 *nazgo quede y esté en vno de mi linage.*) Nam † tunc etiam consideratur proximitas testatoris tempore delatæ successionis, prout ex fine illius §. in fideicommisso colligitur, ibi, nisi specialiter defunctus voluntatem suam ad vlteriora extenderit, prout in nostro casu extendit: ita tex. ibi, omnes intelligunt, *& Molin. in dict. cap.* 5. *num.* 27. *& iterum in eodem lib.* 1. *c.* 6. *num.* 49. *& lib.* 3. *c.* 9. *num.* 17. *& Port. consil.* 8. *num.* 52. *& consil.* 54. *num.* 24. 25. *&* 34 *& consil.* 121. *n.* 5. *vbi diffuse.*

Item & vltra dicta corroboratur pars & iustitia Gundisalui de Almaraz, quoniam hic non agimus de succedendo patruo magno, eo quod testator, vt apparet ex fundatione & processu, erat frater Petri Nunnez, qui quidem Petrus fuit auus Gundisalui, & abauus Ferdinãdi Nieto, & in hoc casu non succedit sobrinus cum patruo, ne-
38 que repræsentat personam patris: quoniam † vltra filios fratrum, non admittitur repræsentatio, *ex tex. in authen. post fratres, C. de suis & legi. heredi. notant Doctores, in l.* 8. *Tau. & Deci. consi.* 1. *& Maria. Socin. Iunior consil.* 116. *numer.* 9. *&* 10. *volum.* 1. *& Cur-*
39 *tius Iunior consil.* 5. imo & † quantumuis ageretur de succedendo patruo magno, filius non intrat locum patris, *secundum Deci. dict. consil.* 1. *& Manti. communem dicentem in lib.* 8. *de coniectur. vlti. volunt. tit.* 9. *n.* 4. *& per Decian. & Craff. vbi sup.*

40 Item, & † repræsentationi non est locus, nisi vbi agitur de successione ascendentium, *ex tex. in* §. *cum filius, inst. de successio. quæ ab intesta. defer. notat Couarr. in pract. cap.* 38. *num.* 4. *versic. huic opinioni*, idem in transuersalibus, *vid. Menoch. consil.* 528. *numer.* 24. *cum sequentib.* si agatur de succedendo patruo magno, vsque ad filios fratrum, & non vltra, vt dictum est; imo & tunc id procedit quoties tractatur de successione legali, secus si de dispositione & successione hominis, & sic ex testamento: nam tunc vocando fratres ad hæreditatem vel legatũ, non veniũt filii fratris huius testatoris, vt per Deci. *consil.* 1. *colum.* 2. *&* 3. & Anton. Gom. *in l.* 8. *Taur. numer.* 17. & latissime hanc dicens magis communem contra gloss. *l. cum ita legatur*, §. *in fideicommisso, de legat.* 2. Menoch. *consi.* 356. *num.* 6. *cum sequentib. volum.* 4. vbi idem dicit quoties vocantur in stirpes & non in capita, & Peral. *in d.* §. *in fideicommisso, pag.* 367 *cum sequentib. & Decia. in dict. respon.* 1. *num.* 358. *cum* 4. *sequentib. volum.* 1. nisi generaliter vocaret ad fideicommissum familiam vel proximiores de ea: nam tunc admitteretur filius fratris mortui, qui erat frater dicti testatoris, *vt per Deci. vbi sup. maxime respon.* 28. *per totum, volum.* 1. *& Craffum, & Marzarium, vbi supr.* nisi sit dictum, salua gradus prærogatiua, *vt per Peral dict. pag.* 370. *in fine*, licet ipsemet Decia. *in respons.* 7. *num* 79. *volum.* 1. contrariam tenuerit & dixerit communem & magis communem & veram, & quod ita vidit iudicari. In præsentiarum tamen succeditur testatori transuersali, & vltra filios fratrum, datur in præsenti successio: igitur non est locus repræsentationi, sed proximi-
or testatori succedit. Neque † lex cum auus, *ff. de* 41 *condi. & demonst.* locum habet, quoties extraneus aliquis vocatur, cum grauamine restituendi, vt communem testatur Anto. Gom. *tom.* 1. *varia. cap.* 5. *numer.* 35. & Padilla *in l. cum acutissimi. num.* 25. *C. de fideicom.* & sic inquit Padilla ibi in fratre grauato à testatore restituere, minime habere locum *dict. l. cum auus & similes*, & ibi hanc communem testatur, quod in collateralibus leges illæ non procedunt, neque † in eis intelligitur conditio (*si sine* 42 *liberis decesserit*) neque itidem in hoc casu habet locum doctrina illa Ruini, *consil.* 130. *num.* 6. *volum.* 2. & Cephali, & Pisanæ relatorum, *Manti. de coniectu. vlti. volunt. lib.* 11. *tit. fin. num.* 26. *& per Molin. de primogen. lib.* 3. *c. ap.* 6. *numer.* 44. *&* 45. scilicet, quod vbi † 42 agitur de fauore agnationis conseruandæ, vt hic agi videtur, esse transmissibile, id quod alias non est, & repræsentationi locum esse: quoniam vltra quod istud mihi ex toto non applaudet, saltim vltra filios fratrum, eo quod, vt diximus, communior est opinio, in iis quæ non iure hæreditario deferuntur, filium non intrare locum patris, & quia etiam cõmunior est opinio, quod & in hoc casu non est locus repræsentationi, vltra filios fratrum, secundum Spino. *in speculo testamentorum, glo.* 1. *princip. num.* 49. *&* 50. *& Moli. d. lib.* 3. *c.* 7. *numer.* 20. Vltra hoc dato (sine veri præiudicio) quod illa doctrina Ruin. & sequacium vera esset, procedere posset quoad successionem ascendentium, vel inter transuersales vsque ad filios fratrum, prout etiam vbi sup. volunt intelligere Molin. dum ibi se retulit ad ea, quæ ipsemet dixit *in eodem lib.* 3. *c.* 7. *n.* 20. *&* 21. vbi has annectit declarationes.

Item & præmaxime, cum, vt ex processu apparet, hic collitigans Gundisaluus est vere de familia testatoris, & in eo probatum est remansisse nomen & insignia, de los Almaraces, & per lineam rectam masculinam, ab eis descendere, collitigans vero aduersarius per lineam fœmininam descendit ex nepte quadam dicti Petri Nunnez, in † qua non ita sicut in masculina linea conser- 43

uatur familia, *ex l.1.§.penultimo, ff. de ventre inspic. & l.lege, C. de legitim. haeredib. notat Portius consil. 15. numer. 26. & 27.* quoniam † ex immixtione nominis & armorum confunditur familia testatoris, atque eius memoria obliuioni traditur, neque in posterum discerni valet, an huius familiae vel alterius successor quis sit, vt in specie notat Anania. *consil. 86. num. 2.* vbi singulariter in propositum inquit, quod † si testator praecipiat successoribus, quod depingant arma sua in capella quā construxit, quod successor in patronatu tenebitur, ipsa arma seu insignia apponere sola, absque aliorum armorum immixtione, quoniam testator hoc fecit causa memoriae suae conseruandae, prout in praesenti testator ex dilatione nominis de Almaraz conseruare vult, & sequitur Bologni. *in additione ad Annaniam, vbi supr. & Ancharan. consil. 113. numer. 3.* & in materia Iurispatronatus, optime declarando consilium illud Ancharan. tradit Lambert. *in tract. iurispatronatus. lib. 3. quaest. 5. princi. articul. 4. numer. 2. & 8. cum praecedentibus, & sequentibus, & Rochus in eodem tractatu, in verbo competens, numer. 2.* Pars tamen aduersa, scilicet, Ferdinandi Nieto, non solum immiscet arma aliena, & nomina itidem extranea, ab illis de Almaraz, verum etiam, & in processu probatum est, vsque nunc nunquam se vocasse, de Almaraz, & postquam lis haec incaepta fuit, incoepit se inscribere de Almaraz, nomen hoc in infirmiori & posteriori loco inscribendo: ergo nullo modo praeferendus est Gundisaluo colliganti: omnis † enim testantis dispositio simpliciter semper intelligitur neque verificari potest in casu, vbi aliquid immixtum inuenitur, *ex l. hoc legatum, de legat. 3. l. Titia textores, vbi Bald. & Doctores, de lega. 1. Socin. consil. 12. numer. 40. volum. 4.* Verbaque † testatoris in potiori significato sunt accipienda, & per prius & non per posterius, *ex dict. l. hoc legatum, & ex aliis adductis per Tiraquel. in l. boues, §. hoc sermone, ff. de verbor. significat. in regul. 85.* & sic verbum (*de mi linage*) in fundatione appositum, de † vera familia & directa, quae est illa quae per masculos descendit, intelligendum est, non vero de indirecta, quae est illa quae per foeminas descendit. Nam † familiae appellatione illa quae est agnatorum comprehenditur, *tex. in l. pronuntiatio, §. familiae, versic. communi iure, ff. de verbor. significat.* & sic inquit Paul. Castrensis, *in l. fin. numer. 7. C. de verbor. signifi.* quod si quis vocat domus suae Cyppum, debent prius venire agnati, & † fideicommissum factum Cyppo alicuius domus, intelligitur secundum ordinem graduum, vt proximiores de Cyppo intelligantur vocati, *secundum Angel. in eadem l. fin. relatum, & secutum per Bartoloma. Socin. consil. 49. numer. 1. volumine 1.* & verba testatoris in dubio sunt conformanda cum dispositione legis, *secundum Bartolum, in l. haeredes mei, §. cum ita, ff. ad Trebellia.* Igitur manifeste apparet Gundisaluum de Almaraz, tanquam adimplentem & conseruantem familiam & voluntatem testatoris esse praeferendum.

44 45 46 46 47 48 49 50

Vlterius & confirmatur haec nostra Gundisalui pars, quoniam † in successione fideicommissi succeditur, eodem modo quo succeditur, si ab intestato testator moreretur, & sic succedet tunc ille, qui potior esset, non simpliciter, sed in iure successionis ab intestato, secundum gloss. *in dict. §. in fideicommisso,* quam magis communiter sequuntur Doctores, teste Marian. Socin. Iunior. *consil. 126. numer. 25. volum. 1.* & Molin. *de primogen. lib. 3. cap. 7. numer. 20.* vbi inquit, quod hac de causa in fideicommissis familiae relictis, in quibus iure maioratus non est succedendum, non erit admittenda repraesentatio, eo ordine quo in l. 40. Tauri, in primogeniorum successione disponuntur; & hanc, quod sicut abintestato succederetur testatori: succedatur in fideicommissis, fuisse voluntatem testatoris praesumitur, *secundum Socin. Iunior. vbi supr. numer. 22.* dispositioque † testatoris est interpretanda secundum eius voluntatem, quae totum facit, *l. ex facto, l. a grande, circa medium, ff. de haeredibus institu.* voluntasque haec facile iudicari potest secundum affectionem carnalem, *argum. l. si viua matre, C. de bonis mater.* Affectio tamen carnalis est, proximiorem vocare, remotiorem vero excludere, vt supra dictum est, & tradit Manti. *dict. lib. 8. de coniectur. vltim. volunt. titul. 9. numer. 4.* & ibi cum sequentibus numeris ponit coniecturas, quibus intelligitur proximitatem considerari, ab vltimo grauato, an vero à testatore, quarum plures hic conueniunt, vt à testatore sit proximitas consideranda: Ergo Gundisaluus hic tanquam proximior testatoris est admittendus & praeferendus, quemadmodum si abintestato succederet testatori, huic praeferri debebat: neque deberet cum eo admitti pars aduersa, eo quod, vt dictum est, non agitur de succedendo patruo magno, neque de ascendentiū successione, neque datur locus repraesentationi, neque transmissioni: quia fideicommissum conditionale.

51 52

Et quoniam non sufficit iura & rationes pro eo afferre & referre, nisi & contrariis satisfaciamus, in contrarium allegatis, fundantibus hunc patronatum esse constitutum, ac relictum per viā maioratus, & per consequens debere regulari secundum terminos l. 40. Tauri, quae inseritur *in l. 5. titul. de los mayorazgos, lib. 5. recopil.* vt sic pars aduersa, tanquam descendens ex filio maiori P. Nuñez de Almaraz sit admittendus, & Gundisaluo praeferendus, ideo deueniendum est ad examinationem secundi puncti, demonstrando hunc patronatum nō esse relictum per viam maioratus, quo constito & contrariis satisfiet, & Gundisalui pars clarissima remanebit.

Et vt sic appareat, negandum est, hic fuisse maioratum constitutum, eo quod nullae sunt factae vocationes denotantes maioratus constitutionē, & in † dubio bona libera praesumuntur, non vero maioratui subiecta, nisi maioratus scriptura ostendatur, *tex. in capit. 1. § inter filium, vbi Bald. n. 2. si de feud. fuerit controuersia, in vsibus feudorum, Alex. consil. 109. in princ. lib. 1. Dec. cons. 85. lib. 1. Claudius Cancriicula consil. 6. numer. 6. Anton. Gabriel. plura referens, libr. 3. communium opinionum, titul. de feudis, conclusione 3.* Voluntasque testatoris † non est admittenda, nisi ad dispositionem procedat, atq; non sufficit testato-

53 54

statorem velle, nisi disponat, *prout est textus in l. quidam cum filium, ff. de heredi. instit. colligit ibi Bald. notabil 3. colum. 1. & sequitur alios allegans Menes. in l. vnum ex familia, §. si de falcidia, numer. 18. de legat. 2. & Bernardus Diaz, regul. 744. fallent. 2. & Molin. de primogen. 1. parte, num. 6. c. 4. fol. 19.* & Manti. *de coniectu. vltim. volunt. lib. 3. titul. 4. numer. 18.* qui *& in lib. 11. titul. fin. num. 27.* repetit & limitat: vno modo, de quo hic non est tractandum, quia nullæ sunt probatæ coniecturæ in processu, neque testator disposuit: igitur censendum est se cum iure communi conformare, vt bona sint libera & non subiecta maioratui, & sic voluit testator nominationibus specifice factis, contentus esse, vt nominatis extinctis, in familia perpetuo per viam fideicommissi, patronatus hic remaneret, & ita in nominatis temporalitatem constituit: eis vero extinctis, in iis de familia perpetuitatem, prout ex tex. *in d. §. in fideicommisso* comprobari potest, & ex dictis per Deci. *consil. 515. num. 1. & 2.* quasi nominatos dilexisse specialiter videatur ad tẽpus, vt inquit Porc. *consil. 54. num. 18.* illos vero de familia in genere & in perpetuum. Item & quoniam testator satis cõtentatur, quod in familia patronatus hic remaneat, ibi (*por manera que siempre*) neque aliquid aliud requirit, videlicet, quod sit de iure vinculi, aut maioratus: igitur neque nos requirere debemus, præsertim cum apposuerit testator verbum illud (*successiuamente*) & sic ordine successiuo, qui quidem ordo ad successionem potius abintestato, quam ad maioratus successionem videtur referendus.

Neque obstabit, si quis dixerit, testatorem hunc vocasse filium maiorem Petri Nunnez, & sic ex hoc coniecturari posse, constituisse velle 55 maioratum, quoniam † ex maioris filii vocatione nunquam censetur maioratus constitutus, sed potius vult testator, ætatem considerare, dicens enim, *Succedatur maior natu*, censetur solam prærogatiuam ætatis considerare, vt optime per Decium, *consilio 443. in casu ad me transmisso, numer. 22.* 56 vbi iura allegat, quod secus † est in eo, qui dixit, quod filius primogenitus succedat; is namque solam qualitatem ac lineam rectam primogenituræ considerasse videtur, quam differentiam constituunt, *Alexander. consi. 4. numer. 13. versic. item iura & rationes libr. 4. & Palac. Rubi. in rubric. §. 69. in fine, Tiraquel. de primogenitura, quæst. 40. numer. 160. Alciat. lib. 8. Parergon. cap. 15.* idque etiam, in terminis maioratus loquens, resoluit Acosta *in quæst. patrui & nepotis, pagin. 12. ad finem* In præsentiarum tamen solum filium vel filiam maiorem vocauit: igitur ætatem solum, & non maioratum constituere vult testator ipse. Et quod ita sit, patet, tum ex eo, quod descendentes eius non vocauit, tum etiam & fortius; quoniam si ex hoc vellet maioratum constituere, non vtique prætulisset, prout prætulit Ferdinandum de Almaraz, filium minorem ipsius Petri Nunnez, & sic ætatem & non maioriam in illis verbis denotat testator, quasi velit vt ordinatim vocati specifice gauderent dicto patronatu, eis tamen extinctis, deueniret in 57 familiam in perpetuum; vna † enim particula testamenti per aliam eiusdem testamenti declaranda est, *vt probatur in l. si seruus, §. fi. de legat. 1. l. qui filiabus, de legat. 3. l. heredes palam, versic. sed si non tam, ff. de heredib. insti.* & sic dictio, *semper*, apposita in clausula illa (*por manera, &c.*) est ad effectum, ne fideicommissum exspiret, nominatis extinctis, prout expiraret, *ex textu expresso, in dict. §. in fideicommisso*, nisi testator vlterius procederet, prout processit perpetuum fideicommissum in suos de familia inducens: & quamuis fideicommissum ea lege relictum sit, vt bona in familia perpetuo conseruentur, succedendumque sit in eo gradatim, ac successiue, non ex hoc debet in eo fideicommisso iure primogenituræ succedi, sed omnes † proximiores in eodem gradu existentes, pariter ad fideicommissi successionem admittendi erunt, 58 prout ex textu *in l peto. §. fratre de legat. 2.* probat optime Molin. *dict. lib. 1. de primogenit. cap. 5. numer. 31.* Item etiam, quoniam etsi apponatur verbum, *succedatur in iis bonis iure maioratus, vel succedant Petrus & filij eius, & eius descendentes iure maioratus*, adhuc tunc, quam plures relati per Molin. *in eodem c. 5. num. 37.* tenent, non † egredi maioratum vltra 59 nominatos, prout expresse tenuit Imola *in l. si vero, §. de viro ad fin. ff. solut. matri.* quem sequuntur relati per Molin. *in dict. ca. 5. numer. 37 & 38.* & Peral. *in dict. §. in fideicommisso, num. 15. pag. 187.* Et si ita est in maioratus constitutione, quanto fortius debet esse, vbi non est maioratus constitutus, vel etiam si esset in dubium, vt personas nominatas non egrediatur, sed eis extinctis ad proximiorem de familia reuertatur, licet vt infra *in consil. 18.* dicemus, hæc Imolæ doctrina in maioratu non admittatur regulariter. Item, quoniam si bene inspiciantur coniecturæ, ex quibus dicitur maioratus constitutus, positæ per Molin. *in dict. cap. 5.* nulla earum in præsentia concurrit: Nam prima coniectura per eum ibidem posita nihil in proposito obest, prout ex ea clarissime patet. Secunda vero coniectura prodest potius quam nocet, hoc videlicet modo, quoniam ibidem ipse Molin. constituit casum nostrum, scilicet, quod factæ fuerint speciales vocationes primogenitorum, & disponens vocationibus factis specialiter de aliquibus, adiecit hæc verba, vt, scilicet, dicta bona in familia sua perpetuo conseruarentur, vel bona prohibuit alienari, ea ratione, vt in familiæ primogenitis conseruarentur. Ex iis namque verbis inquit Molin. *in dict. cap. 5. numer. 7.* comprehenditur, testantem voluisse, maioratum perpetuare inter eos, qui ex familia sua processerint, & constituere. Hæc tamen coniectura deficit in nostra clausula: hic enim non sunt vocati primogeniti, neque prohibita alienatio, sed potius cõtentatur testator, quod sit in vnum de familia patronatus hic, & per vocationem maioris filii, non constituitur maioratus vt dictum est, neque semper maior filius vocatur, sed vnus de familia tantum: ergo coniectura hæc secunda non habet locum in nostro themate, & casu non concesso, quod in nostra quæstione constitueretur maioratus, solum intelligeretur constitutus inter illos de familia, quoniam inter eos posset attentari constitutus

tutus maioratus, sed inter eos, qui expresse vocati sunt, nullo modo, & sic nominati non transmiserunt, sed eis extinctis inciperet nunc maioratus in familia testatoris, & sic proximior qui est Gundisaluus, debebat in eo succedere, eo quod repertus fuit proximior tempore mortis vltimi possessoris, secundum quod tempus proximitas consideratur, secundum Molin. *de primogenitis, libro tertio, capitulo decimo, num. secundo, trigesimo octauo, & trigesimo nono*, & faciunt dicta per Roman. *consilio quadringentesimo trigesimo octauo, numero decimo*, & in specie † quod iste nepos, & sic Gundisaluus pronepoti eius aduersario praeferatur etiam in maioria, tenet gloss. el mas, *colum. secunda, versicul sed quid si aliquis, l. 2. titulo decimo quinto, partit. secunda, expressius in leg. tertia, verbo, ningun pariente. titulo decimo tertio, partit. 6.* vbi inquit, hunc esse diuersum casum à l. 40. Tauri, & facit, quod inquit idemmet glossator *in leg. 9 in gloss. 2. titulo primo, partit. 2.* per textum, ibi probantem, proximiorem ad regnum vocari, qui tempore mortis vltimi possessoris regi proximior fuit. Tertia itidem coniectura per Molin. *in dicto libro primo, capit. quinto* proposita, *sub numer. decimo octauo*, non cadit in nostro casu, poterat huic tertiae, sicut secundae coniecturae satisfieri. Quarta vero coniectura per Molin. *ibi numero vigesimo tertio*, relata, eadem responsione, qua praecedens excluditur, & haec excludetur; praesertim cum in hac praesupponat Molin. *ibi*, ad primogeniturae ordinem vocandam esse agnationem, cognationem vel familiam, ipsequemet author *ibidem, numero vigesimo septimo, versicul. his tamen non obstantibus*, tenet contra hanc quartam coniecturam, inquiens, per eam non induci maioratum, sed perpetuum fideicommissum, inter eos de familia, vt & iam supradictum est. Quinta etiam coniectura Molinae non obstat, quoniam in praesenti testator non reliquit nominatis, vel aliquibus eorum, ius patronatus, ita vt in eo succederetur perpetuo, seruato ordine primogeniturae, vel quod semper & in infinitum, primogenitus succederet, & sic non censetur maioria constituta, in personis nominatis, neque in illis de familia. Sexta vero coniectura per Molin. *dicto capitulo quinto, numero trigesimo quarto*, ex nominis, & armorum delatione proposita, non obstat, tum quia hic testator non arma sed nomen tantum de Almaraz proposuit, imo † etiam si vtrumque, & nomen, scilicet, & arma proposuisset, non sufficeret ad constitutionem maioratus, vt ibidem concludit ipse Molin. nisi & alia concurrerent. Septima coniectura Molinae vbi supra, nihil ad propositum facit, cum testator hic non masculos solum, sed & foeminas etiam vocauerit, ex quo est coniectura in contrarium, ad hoc quod hic non fuit constitutus maioratus, eo quod in foeminis non ita sicut in masculis conseruatur agnatio, vt supra dictum est. Octaua, nona, decima coniecturae Molinae vbi supra nihil ad nostrum casum attinent prout ex ipsis apparet à Molin. *numero trigesimo nono & quadragesimo*, relatis, & sic nullam video coniecturam, ex qua patronatus hic per viam maioratus constitutus videatur, & consequenter cessat omnino intentio partis aduersae Ferdinandi Nieto, maioratusque non est inducendus, contra, aut praeter voluntatem testatoris, neque admittenda repraesentatio, vbi de iure non admittitur, neque vltra ius est censendum, legem illam quadragesimam Tauri, induxisse nouum genus repraesentationis, vt inquit Molin. *vbi supra libro tertio, capitulo septimo, numero vndecimo, in fine*, neque ad inducendam talem repraesentationem est sumenda coniectura ex voluntate testatoris, in esse non deducta, vt diximus supra, neque † voluntas inepte inuestiganda, in cuius inuestigatione plerumque erratur, vt inquit Bald. relatus per Socin. Iunior. *consilio octogesimo quinto, numero primo, volumine primo*, & dispositio per coniecturas inducta potest per alias elidi coniecturas, secundum eundem Socin. Iunior. *consilio centesimo, numero decimo, volumine primo*, praesertim † quoniam tunc repraesentatio admittitur, ex dicta lege 40. Tauri transcripta *in leg. 5. titul. de los mayorazgos septimo, libro quinto, recopilat.* nisi de contraria voluntate constiterit, vt ex eademmet l. Tauri patet. De contraria autem voluntate in praesenti constat, vt, scilicet, repraesentatio non detur, & sic in substitutum debebat patronatus hic venire, etiam si absque veritate in eo esset maioratus constitutus, eo quod testator noster post nominationem duorum, scilicet, de Villoldo, vocauit Ferdinandum de Almaraz, & post eum vocauit filium, vel filiam maiorem Petri Nunnez, ita quod in vnum de familia adesset, & existeret patronatus, & quod ita successiue, sicut antea dixit, seruaretur. Igitur voluit testator, quod tantum nominati succederent, vnus post alium successiue, ita quod filii primi grauati non excludant substitutum, & sic vltra filium maiorem, & nepotem maiorem de Villoldo, primo vocati, non excludant substitutum, Ferdinandum de Almaraz, quandoquidem conditionem illam (*despues de los dias del hijo mayor*) non apposuerit testator in nepote maiori primi de Villoldo, vocati ad patronatum hunc, quo casu censetur testatorem id consulto fecisse, ne, scilicet, post mortem filii & nepotis de Villoldo primo vocati excludatur Ferdinandus de Almaraz substitutus eorum, vt in simili singulariter inquit Socin. Iunior *dicto consilio centesimo, numero decimo sexto, & decimo septimo, volumine primo.* Vnde † si testator vocauit superstites, & superuiuentes, intelligitur eos tantum voluisse substituere, & eos dumtaxat admittere, & ita restringere substitutionem, *secundum eundem Socin. Iunior. consilio centesimo trigesimo tertio, numero sexto, volumine primo, & Mantica in tractatu. de coniecturis vltimar. voluntat. libro tertio, titulo sexto, numero final.* maxime, cum hic non agamus de successione

60 61 62 63 64

cessione patrui magni, neque ascendentium, collateralis cuiusdam, quo casu, de iure (cui testator se conformat) non est locus repræsentationi, & in fideicommisso, vbi filius non intrat locum patris, vt dictum est. Ex quibus apparet Gundisaluum esse admittendum & præferendum, tamquam proximiorem testatoris, & sic in contradictorio iudicio, tribus conformibus sententiis declaratum fuit, me sic allegante, & patrocinante, quarum virtute dictus Gundisaluus possidet nũc dictum patronatum.

CONSILIVM III.

De testamento in simul facto inter maritum & vxorem, pro distribuenda eleemosyna inter eorum consanguineas, vbi ponuntur duæ clausulæ ex quibus lis fuit controuersa, & mihi determinanda commissa. Suntque sequentes.

SVMMARIA.

1 *Testari possunt duo in eadem charta. n. 1. Et separatim testari videntur, & sic superstes potest mutare voluntatem suam. n. 2. & 3. vbi n. 4. ampliatur, etiam si in piam causam testentur, & numer. 11. limitatur.*

5 *Cautela legitima non se præcauens damnum quodlibet ab inde obueniens sibi debet imputari.*

6 *Negligentia arguitur in eo, qui cum remediis opportunis vti posset, non fecit.*

7 *Testamentum ex parte sua superstes testans reuocare potest, etiam si fructibus partis illius, qui contestatus erat fuerit potitus, & n. 8. Testamenta duo licet illa sint, in quibus duo vno contextu testantur, vnus tamen numerus testium sufficit, n. 9. & 10. prosequitur. & nu. 11. Quod supra dicta procedunt etiam in maioratu & melioratione. n. 12.*

13 *Dispositio omnis intelligitur rebus sic stantibus, & in eodem statu permanentibus, & num. 26. & 27. declaratur.*

14 *Captatoria voluntas illa dicitur ex qua testator decipi possit. n. 14. Pluralitas sæpe resoluitur in singularitatem. n. 15. & 30. & 31. declaratur.*

16 *Omnes de familia non veniunt ad relictum factum familiæ, sed veniunt proximiores, n. 16. & intelligitur gradatim, secundum gradus successionem, n. 17.*

18 *Filius fratris prædefuncti admittitur cum patruo suo magno ad relictum factum familiæ.*

19 *Recedendum non est à propria vi verborum.*

20 *Copula, & solet copulare æque & pariter, n. 10. & licet adsit inter personas copulatas ordo charitatis & affectionis non censentur vocatæ ordine successiuo, sed pariter & in simul, nisi concurrat ordo necessitatis. n. 21. & n. 22. vbi idem etiam si ordo affectionis non concurrat.*

23 *Maritus & vxor si in simul & in eadem charta testantes vocent ad bona sua consanguineas suas, omnes illas videntur parificare.*

24 *Testamenti tempus inspiciendum est.*

25 *Testamentum indiuiduum est.*

28 *Senatus non improbat, quæ mutuis affectionibus iudicia prouocauerunt.*

29 *Contrahi potest in testamentis si id expresse dicatur.*

ITen, cumplido y pagado, y executado este nuestro testamento del remaniente que que dare de todos nuestros bienes: los quales auemos y tenemos, y dexamos por bienes communes nuestros, del montonamieto dellos (sic enim loquuntur testatores ij) queremos, que se compre renta de iuro, y se gaste, para ayuda à casar donzellas de nuestro linage en cada vn anno, à quien dexamos y nombramos por herederos de todos nuestros bienes, y para hazer y administrarlo, dexamos por patron à Pedro, al qual encargamos, que lo cumpla y haga cumplir por la orden y manera, que de yuso nosotros declaramos, y en el cumplimiento le encargamos la conciencia, que guarde la orden que nosotros declaramos.

Post hæc testatores ordinem habendum in hunc modum constituerunt.

Iten dezimos, que fecho lo suso dicho el dicho, patron nombre y sennale ocho donzellas de nuestro linage, y auiendo copia bastante, quatro de cada vno de nos y sino ouiere copia bastante de cada vno de nos del que de nosotros las ouiere: las quales dichas ocho donzellas se han de elegir y nombrar del dicho nuestro linage, las mas cercanas deudas nuestras, con que no se han de nombrar ni elegir ninguna dellas de doze annos abaxo, sino dende arriba: y estas dichas ocho donzellas ansi nombradas y elegidas, el dicho patron mande escriuir sus nombres dellas y metanlas en vn cantaro, y en otro cantaro metan otros ocho papeles del tamanno de aquellos otros, los seys dellos en blanco, y los dos escritos, puesto en cada vno destos dos, limosna, y ansi fecho, se mande à vn ninno de ocho annos abaxo, lo mejor y mas rectamente, y sin ningun enganno, que hazer se pueda, saque de cada vno de los dos vasos, vn papel, y con el nombre que saliere de vna parte y de la otra. y de otra saliere el papel en que estuuiere escrito, limosna, aquella tal donzella lleue la metad de todo el montamiento de toda la dicha renta, que assi se hiziere de nuestros bienes, y la otra, que con su nombre saliere el otro papel escrito, limosna, lleue la otra metad, por manera, que entre ambas à dos se parta, y reparta toda la dicha renta, y las otras seys donzellas, con cuyos nombres salierem los papeles blancos, ò se quedaren sus nombres por salir en el dicho cantaro, por se auer adelantado las dichas suertes en caer, tornen à echar y echen entre si por la dicha orden suertes entre ellas solas el anno venidero, y entre las dos, que les cupiere las dichas suertes, partan entre si la dicha renta, por la orden que las dos primeras, y entre las quatro, que quedaren echen suertes por la mesma orden el anno adelante, y à las dos que cupieren, partan entre si la dicha renta y gualmente del dicho anno, y las dos que restaren, sin echar suerte, se les de el anno adelante la dicha renta ygualmente: y acabado assi el quarto anno, lleuando cada vna la metad de la renta de cada vn anno, guardando la dicha orden, se tornen à elegir por el patron otras ocho donzellas, y entre ellas se torne à hazer por la orden dicha, y ansi successiuamente para siempre jamas.

Item in alia clausula iusserunt, quod si defecerint eorum consanguineæ intra quartum gradũ, quod tunc patronus ab inde eligeret has octo consanguineas ex illis, quæ tali eleemosynæ sese

opposuerint, & eam petierint, nullo habito respectu ad proximiores, sed ad ætate maiores, servato cum eis eodem ordine in perpetuum; & si consanguineæ deficerent, eligat extraneas alias octo, quibus detur eleemosyna dicto ordine servato, prout semper iusserunt servari.

His sic ordinatis & publico testamento stabilitis, mortua est vxor hæc, superstite marito, qui quidem, vxore mortua, consumpsit bona sua, & partem bonorum vxoris, qua de causa facta est diuisio bonorum, assignando suam partem vxori mortuæ, & iam tunc ipse maritus partem suam bonorum consumpserat: mortuo tandem hoc marito & iubente in codicillo suo servari dictum testamentum vxoris suæ, & suimet ipsius, & per aliquod tempus eleemosyna dicta secundum dictum ordinem præstita est, tam consanguineis mariti, quam vxoris, per iudicium dictarum sortium; post hæc autem consanguineæ vxoris, & pro eis ecclesiasticus fiscalis, conquestus est, dicens, quod cum maritus consumpserit bona sua, & solum ex bonis vxoris præstabatur eleemosyna hæc, quod consanguineæ mariti non erant ad hoc eligendæ, nec nominandæ. Ipsis mariti consanguineis contradicentibus, lis magna super hoc agitata fuit, & tandem mihi, licet indigno, commissa, determinanda: & cum omnia hinc inde considerassem, tandem inclinaui in partem consanguinearum mariti, & ab impetitione fiscalis eas absolui, & iussi seruandum dictum ordinem, nominando eas cum vxoris consanguineis, & ad hoc sequentia me mouerunt.

1 Præsupposito prius, quod in eadem † charta possunt maritus & vxor & quilibet alii, insimul testari & eodem contextu, *ex textu in lege licet, C. de pactis, vbi Doctores, & Bartol. & alij, in l. circa finem, ff. de testa. Viglius, in §. pluribus, institut. de testam. ord. Pet. Pechius in tractat. de testam. coniugum, libro primo, capitulo decimo septimo, Oldrad. consilio centesimo septuagesimo quarto. lex eo quod à multis, & ibi Doctores, C. si cert. petat. communis secundum Bello. consilio octogesimo quinto, numer. nono, & Gama in decisio. Lusit. ducentesima trigesima prima, dixi in l. prima, titul. sexto, numero vigesimo tertio, in libro quinto, recopil. & Crassum recept. sentent. quæst. nonagesima, pagin. trecentesima quinquagesima octaua, Burgos de Paz, l. tertia Tauri, numero millesimo centesimo decimo tertio, Suarez, & Couarru. & alii relati per Molin. de primoge. libro quarto, capitulo secundo, numero octogesimo quarto, & Pelaez de maiora, 1. partit. quæst. vigesima tertia, numero secundo, vbi allegat Tiraquel. sibi contrarium in materia maioratus, & Spino. in speculo testa. gloss. decima octaua, princip. numero quinquagesimo tertio, & Marzarium, consil. decimo nono, Simon de Pretis, de interpret. vltima. volun. libro secundo, dubio primo, sol. tertia, fol. centesimo trigesimo tertio,* qui omnes & gloss. *el mas propinquo, colum. tertia, in medio lib. secundo, titulo decimo quinto, part. 2.* fatentur esse hæc duo testamenta, &

2 ob † id superstitem posse mutare suũ ex parte sua.

3 Nam † licet eadem testentur charta, separatim testari videntur, *ex l. qui tabernas, ff. de contrahenda emptione, & patet ex dict. l. licet, C. de pactis, cui consonans est lex trigesima tertia, titulo vndecimo, part. quinta secundum Burgos de Paz vbi supra numero millesimo centesimo decimo quinto,* & hanc veriorem & receptiorem testatur Crassus *vbi sup.* adeo, vt † si am-

4 bo in piam causam erogari bona sua iusserint, superstes potest reuocare ex parte sua, etiamsi sit facta donatio iurata in pœnam mutationis, *secundum Pet. Pechium vbi supra cap. decimo octauo,* neque ex hoc defunctus potest dicere se deceptum, si quidem nulla fraus neque dolus hac in re sit facta, ex textu *in l. cum donationis, C. de transactio,* qui ad hanc rem insignis est, secundum Burgos de Paz vbi supra, *numer. millesimo ducentesimo decimo octauo, & textus in l. ille, ff. de hæredi. insti.* defunctus enim sciebat, vel scire debebat, viuentem suum testamentum subuertere posse, *l. leges, C. de legibus.* Imputet † e-

5 nim sibi, qui cautela legitima non se præuenit, & hoc damnum æquo animo pati debet, qui ex propria culpa & negligentia actum non facit irreuocabilem, *l. quod eius, ff. de regul. iur. l. si communis familia, ff. de noxalibus, l. vigesima secunda, titul. fin. partit. septima, leg. non enim, ff. ex quibus causis maio.* & † argui-

6 tur negligentia in eo, qui cum remediis opportunis ad actum vti potuisset, id non fecit, *c. licet Episcopus, de preb. in sexto, notant Socin. & Aimon relati per Pelaez, dict. quæst. vigesima tertia, numero secundo, in medio,* & speciatim, quod deceptio defuncti allegari nequeat, notat Paul. Castr. *consilio ducentesimo quadragesimo tertio, circa primum quæsitum, columna secunda.* æstimat siquidem potius, quod defunctus se ipsum circumuenit, reuocabile esse testamentum non perpendens, qui sibi ipsi prospicere debuit *l. si quis domum, §. primo, ff. locati.* Ex † quo infertur,

7 quod etiam si reuocans fuerit potitus fructibus bonorum, à defuncto ei relictorum, cum quo testauerat, quod nihil erit in causa, quin testamẽtum ex parte sua reuocare possit, *vt per Burgos de Paz vbi supr. nu. 1219.* neque † tenebitur secundum

8 eum *ibi num. 1228.* restituere fructus perceptos, prout alibi diximus, & sic in iure & in praxi receptum dicit Aluarus Velascus *in suis consultationibus, consultatione 7. numero septimo, versi. sextum dubium. & idem Burgos de Paz, consilio secundo, n. vigesimo secundo, cum pluribus sequentib.* Notandum tamen est, quod

9 † licet hæc sint duo testamenta, sufficiet vnus numerus testium, legitimus ad testamentum illud, sicut si ab vno factum esset, *vt per dictos Doctores, & Burgos de Paz vbi supr. numer. 1213. & 1230. cum sequentib. & Tell. in leg. tertia Tauri, 2. part numer. sexto,* tene-

10 bitur † tamen vterque testatorum subscriptionem suam interponere sicut fecisset si pro se testaretur, *vt per Burgos, ibi numero millesimo ducentesimo trigesimo quinto, vbi cum sequentib. alta prosequitur.* Debentq; testes in suis subscriptionibus facere mentionem de quolibet testamento, & debet in eo constare ambos coniuges & testatores, vnumquemque per se, vel ambos simul manu sua tradidisse testamentum tabellioni, & ipsum tabellionem singulos eorum interrogasse, an illud sit suum testamentum, & mentionem & fidem debet tradere de hoc tabellio, & quod sic testatores annuerunt, aliter enim erit nullum, prout in senatu Lusitano inquit iudicatum Velascus

vbi supra

vbi supra numero 3. 4. & 5. quem post hæc scripta vidi. Verum tamen est, vt nihil omittamus, quod 11 si † maritus testaretur de rebus suis, & de rebus vxoris, ac de suis, vel è contra, consentiente vxore, vel marito, si ipsa esset quæ sic restaretur, & præstito expresso consensu ad hoc, ipso testante mortuo, non posset superstes consensum dictum præstans, illud reuocare. vt optime per Suarez *dict. l. quoniam in prioribus. limitat. 5. in declaratione leg. regni num.* 13. vbi eius nouissimus additionator alios allegat, & Mol. *de primoge. lib. 4. cap. 2. nume.* 84. vbi alios plures allegat, idem tenentes, & bene, & Spino *vbi sup. n.* 53. & Pelaez *d. q.* 23. *par.* 12 1. *nu.* 4. qui hæc † ad maioratum, vel meliorationem per virum & vxorem factã, ampliant & melius omnium Pelaez *vbi sup. nume.* 1. *cum sequen. Aluara. de coniectu. ment. testa. libr. 2. capit. 2. §. 1. nume. 99. cum sequentib. & Gutier. in repet. c. quamuis pactum, in princi. numero 46. pag. 490. de pactis in 6. & diximus in leg. 1. titul. 6. numero 25. lib. 5. recopi.* Et hæc pro intelligentia dicendorum sufficiant.

Quibus sic suppositis deueniendo ad principalem punctum, & articulum, videtur primò dicendum consanguineas mariti non esse admittendas, eo quod non adsunt bona mariti; consumpsit etenim bona sua: ex quo videtur reuo- 13 casse ex parte sua, & † omnis dispositio intelligitur rebus sic stantibus, & in eodem statu permanentibus, *tex. in leg. fina. in princi. ff. ad municipa. cap. 2. & ibi gloss. & Abb. de renuntiatione, latè Tiraq. in præfatione leg. si vnquam, numero 166. Codic. de reuocand. donatio.* hic tamen non permanet in eodem statu, vt vides: ergo non censentur vocatæ iam consanguineæ mariti, sed tantum vxoris: idque fortificatur, eo quod aliter videtur 14 hæc quædam captatoria † voluntas: illa enim dicitur talis, ex qua solet euenire, quod testator decipi seu capi possit, *vt sentit gloss. in leg. captatorias, ff. de hæredibus instituend. Doctores in leg. captatorias, Codic. de testamento militar. & in cap. si tibi, de testament.* prout hic decipi videtur: Existimans enim hæc vxor maritum in eadem voluntate permansurum, eius consanguineas etiam vocauit: ergo captatoria videtur voluntas, cum à marito decepta videatur. Secundo, quia ex dicto testamento, & consensu in eo adhibito videtur nasci quandam obligationem, & censetur initum quendam quasi contractum inter dictos testantes, ita vt ab eo resilire non liceat, cum contractus à principio sint voluntarij, ex post facto verò necessarij. Tertio, quia non est verisimile, quod vxor hæc voluerit præferre in suis bonis consanguineas mariti, in casu, in quo bona etiam mariti non superessent, *argumen. leg. cum acutissimi, Codic. de fideicomiss. & ex leg. scripto, ff. vnde liberi. leg. nam etsi parentibus, in princip. ff. de inofficioso testamento, gloss. leg. Paula Callinico, §. fina. ff. de lega. 3.* Hic tamen ex sortium iudicio bona testatricis ad consanguineas mariti deuenire possent, quod contra dicta videtur, ergo. Quartò ex doctrina Bal. qui videtur nostrum casum decidere, *in capit 1. §. & quia vidimus, col. tertia. de ijs qui feu. dare poss.* quem refert & sequitur gloss. *el mas propinquo, colum. tertia, versi. sed pone quod maritus, cum seq. leg. secunda, titul. 15. part. secunda,* dicentes in simili testamento mariti & vxoris in simul testantium, videri maritum pro parte sua vocasse consanguineas suas, & ex parte vxoris suas per dimidiam, & sic pluralitatem illam vocantem consanguineas resolui in singularitates, ita vt consanguineæ vxoris habeant bona eius per sortes, consanguineæ mariti bona eius; sæpe † enim plura- 15 litas resoluitur in singularitatem, *leg. falsa, in fine, cum concordantibus, de cond. & demonst. leg. penulti. Codic. de impub. leg. hæres mei, §. cum ita leg. Lucius, §. Caio, ff. ad Trebellia. tradit latè Gutierrez, consi. 4. nu. 6. cum sequentib. pluribus,* & cum in præsenti in singularitates esset resoluenda pluralitas, cessat in consanguineis mariti, quia deficiunt bona ex parte sua: ergo & quoad eum deficere debet dispositio. Vltimo id decidi videtur, ex textu, & ibi notatis *in l. si ita relictũ, §. in fideicommisso, de leg. 2.* vbi est tex. quod in † relicto facto familiæ non ve- 16 niunt omnes de familia, sed præferuntur proximiores. Idem probatur *in l. peto, §. fratre, eodem tit.* Veniunt enim gradatim, *vt ibi. & in l. fin. C. de verborum significatione,* & intelligitur † gradatim se- 17 cundum gradus successionum ab intestato, prout dicit Paulus de Castro, *in dicta l. fin. C. de verborum significatione, & Fulgos. ibi,* & ex notatis per glos. *in dicto §. in fideicommisso,* quæ voluit, quod † filius 18 fratris prædefuncti admittitur in dicto relicto familiæ vnà cum fratre, licet frater sit gradu proximior, quia abintestato pariter succedunt. *authentica cessante C. de legitim hæred* & in authentica, vt fratrum filii, & in rubro & nigro, secundum illam glossam, quam approbat ibi Imola, & consequenter in nostro casu videbatur succedendum gradatim vnicuique horum testatorum, vt sic consanguineæ vxoris, vxori, mariti verò, marito succedant, ne peruertatur ordo successionis ab intestato: Et hæc sunt quæ pro hac parte considerari possunt.

Pro contraria vero parte, quam vt veram sum amplexus & secutus, & secundum eam in hac casus contingentia, in processu mihi à longe misso determinaui, faciunt sequentia. Primo, quia † à propria vi verborum non 19 est recedendum *ex leg. non aliter, de legat. tertio. leg. prima. §. si is qui nauim, ff. de exercitor. cum similibus.* Vis autem verborum dictorum testatorum & eorum dispositionis pariter inuitat omnes consanguineas, tam mariti, quàm vxoris; ideo pariter censentur vocatæ, vt deseruiamus verbis. Idque fortificatur, eo quod, vt dictum est, hæc duo testamenta, & non vnum censentur: vnum ex parte mariti, & aliud ex parte vxoris. Sed si vxor ipsa sola testata fuisset de per se, & in testamento inuitasset, ac vocasset ad eius memoriam, tàm consanguineas suas, quàm etiam mariti, quis dubitat, nisi quod omnes admitterentur: ergo & idem si testando in simul cum marito, idem dicendũ erit; nihil enim refert, quid ex æquipollentibus fieri.

Secundo, quia ipsa vxor pariter vocat consanguineas suas, & consanguineas mariti per copulam, 20 &, quæ † solet copulare æquè & pariter, *leg. similiter, & Titio, in principio ff. de verborum obligationibus, leg. reos. §. cum in talibus, de duobus reis, leg. duobus, §. fina. de legatis 1.* & licet † sit inter personas per copu21 lam vocatas ordo charitatis & affectionis; tamen non propterea censentur inuitatæ ordine successiuo, sed pariter, & in simul, nisi concurrat ordo necessitatis, scilicet, causatiuè, ne testamentum rumpatur, prout voluerunt Bald. Angelus, Raphael Cumanus, & Imola *in leg. Gallus, §. quidam rectè, ff. de liberis & posthumis, Baldus in leg. finali, ad finem, Codic. de impuber. & alijs substitut. & ibi Salicetus*: quoniam talis est natura copulæ, *dicta leg. duobus, & leg. vnica, §. si ita, Cod. de caducis tollend. cum similibus*, & Imola dicit, pro hoc esse textum *in capit. Raynucius, & capit. Raynaldus, de testamentis*, & quod censeantur inuitati in simul illi, qui per copulatiuam vel dictionem vnitiuam sunt vocati, vbi tantum concurrit ordo charitatis, non verò necessitatis, est omnium communis opinio, secundùm Antonium Gomez, tomo *1. Variarum, capite 2. numero 4. limitatione 5. in fine, & limitatione 6. versic. ex quo primò infero*, & secundum Corneum *consilio 159. volumine 4. numero 5.* Et hoc præsertim est clarum, 22 & sine dubio, quoties † etiam non cadit inter tales personas ordo affectionis; tunc enim nulli dubium, nisi quòd in simul vocentur vocati per copulatiuam, vel vnitiuam dictionem, etiamsi tunc concurrat ordo charitatis: in præsenti tamen dispositione quilibet dictorum testatorum vocauit consanguineas suas, & alterius testatoris per copulatiuam & vnitiuam dictionem, ibi *(ocho donzellas de nuestro linage)* & ibi *(a quien nombramos por herederas de todos nuestros bienes)* pondera vnitiuam orationem, *ocho*, & etiam dictionem illam, *a quien*, ita vt nullæ ab ijs distinguantur, neque distinguuntur, & omnes prædicti hæredes instituuntur: ergo omnes admittuntur ad quanlibet harum hæreditatum, & licet detur ordo charitatis, non tamen datur affectionis maioris in vnis, quàm in alijs, maximè cum extraneæ sint, non verò filiæ, neque descendentes testatorum, neque ordo necessitatis in hoc casu dari potest: ergo vera est nostra hæc secunda opinio, neque est recedendum à vi verborum. Item, verba, *ocho donzellas de nuestro linage*, pariter adaptantur ad consanguineas, tàm vxoris, quàm 23 viri, & è contra; ex quo præstatur † vrgens coniectura voluntatis cuiuslibet ipsorum testantium, quòd voluerint omnes has parificare in perceptione eleemosynæ huius, tàm ad vna quàm ad alia bona ipsorum: ergo licet deficiant bona vnius, non deficit voluntas cuiuslibet eorum, inuitandi, & vocandi eas omnes ad quælibet ipsorum bona. Idque clarissimè deducitur: nam si in sortibus omnes iunctim ingredi iubent, & per sortes sunt eligendæ, quæ maior potest dari coniectura voluntatis in vnis, quàm in alijs? certè nulla: præmaximè, cum sors posset dare sortem suam prius consanguineis mariti, quàm vxoris, & nihilominus eas præferendas iubent, quibus prius sors ceciderit: ergo circa has octo nulla prærogatiua affectionis potest dari in vnis, quàm in alijs: ergo pariter vocandæ sunt ad quælibet horum testatorum bona. In cuius propositum faciunt dicta per Ceuallos *in contrariis communibus, quæstione 265. per totam, maximè à numero 18. cum sequentibus.* Item, nonne poterat contingere, maritum prius mori, quam vxorem? & hoc pendebat ex futuro euentu, & viribus fortunæ; poterant enim deficere bona ex parte vxoris superstitis, sicut defecerunt ex parte mariti superstitis, neq; resultat maior fauor consanguineorum in vno casu, quam in altero, & sic non vrget ordo affectionis, habito respectu ad tempus testamenti, quod † tempus in- 24 spicitur regulariter, *vt per Marzarium consilio 28. numero 45.* Ergo clarissimè constat de voluntate horum testatorum fuisse consanguineas suas parificare, etiam quoad bona cuiuslibet eorum. Item, quia † testamentum indiuiduum 25 est, neque potest quoad quid valere, & quoad quid non, *vt per Burgos de Paz in leg. 3. Tauri, numero 769. ex leg. furiosum, Codic. qui testamenta facere possunt, vbi Cynus*: ergo in præsenti diuidi non debet, vt valeat, & effectum sortiatur quoad vnas consanguineas, quoad alias verò non, præsertim, cum iudicium sortis diuidi non possit, neque inter minus quàm octo sit sortiendum, essetque aliter voluntatem cuiuslibet horum testatorum peruertere, si consanguineæ mariti excluderentur, quod non licet, ex Clementina, quia contingit, de testament. & ex similibus iuribus probantibus, voluntates testantium, immutari non posse eis mortuis. Item, quia vnusquisque horum testatorum potuit cogitare, quòd posset alius in vita & in morte mutare testamentum ex parte sua, & nihilominus vnusquisque eorum inuitauit & vocauit consanguineas alterius, & adhuc tunc non prouisit de remedio: ergo clarè voluit, quòd quamuis superstes reuocaret ex parte sua, non ideo voluntas sua diuideretur inter vocatas, vt consanguineæ suæ solum admitterentur exclusis consanguineis mariti. Item, quia cum consanguineis mariti nullum pactum neque conuentio inita fuit: ergo mutata voluntas ex parte mariti, eis officere non debet. Quibus considerationibus hæc secunda opinio satis remanet defensata, & clara, quam aliquibus ex dictis medijs fundat, dicens eam veriorem Corneus *consilio 159. numero 5. volumine 4.* vbi *cum numeris sequentibus* respondet aliquibus contrarijs, & hanc itidem tenuit Antonius Gom. *in leg. 22. Tauri, nume. 18. versiculo & ex his. & eo relato nouissimè Aluarus Valascus in dicta consultatione 7. nume. fina.* Faciunt dicta in præsupposito in principio huius consilij supra iam relato, de non restituendis fructibus ante reuocationem perceptis per superstitem testatorem mutantem suam voluntatem, & quod imputet sibi defunctus, qui hæc non præuidit, qui non potest dicere se deceptum. Et ita tenendo non obstant pro prima optione adducta, & primum fundamen-

26 damentum, quod † omnis dispositio intelligitur, rebus sic stantibus cessat in hoc casu, quoties res sunt mutabiles, & reuocabiles, & quod nisi reuocari possent, libera voluntas tolleretur, prout in testamentis, de quibus nos agimus: tunc enim non est intelligendum, quod omnino immutari non possint: esset enim hoc absurdum in iure, & vt euitetur, cessare debet 27 regula illa in hoc casu; nihil † enim adeo est praecisum, & firmum & immobile, quin semper intelligatur, rebus sic stantibus. Et hoc pro notatis refert Decius, *in rubrica colum. 2. Codic. qui admitti, relatus per Tiraquellum in dicta leg. si vnquam, in praefatione, numero* 169. Neque itidem obstat, quòd hic datetur captatoria voluntas: nulla enim datur, quia hic non interuenerunt aliqua verba, *instituo te, vt me instituas*; neque hoc esset captatorium: nam vt inquit Consultus *in leg. ca-* 28 *ptatorias, ff. de haeredibus instituendis*, Senatus non † improbat, quae mutuis affectionibus iudicia prouocarunt, prout in proposito haec, & alia considerans, refert Corneus *dicto consilio 159. numero 2. volumi. 4. & Simon de Pret. de interpret. vltim. volunta. lib. 2. dubitatio. 1. solutione 3. num. 5. & 6. pag. 133.* Non obstat etiam secundum fundamentum, quòd nascitur hic quaedam obligatio: quia vltra quod in testamentis similibus contrahi non potest: quia testamentum vno eodemque contextu fieri debet, *ex leg. haeredes palam, §. fin. ff. de testamen. & Petrus Pechius in tractatu de testam. coniug. lib. 1. capit. 18. nume. 3. & 4.* Vltra hoc enim, & eo cessante, hic non per viam obligationis, neque contractus testatum est, & sic cessat fundamen- 29 tum. Item, quia dato † quod in testamentis contrahi possit, id procederet, si expresse id actum esset, vel forma actus testamento repugnet, *vt vid. ex Manti. lib. 3. de coniecturis vltim. volunt. titu. 18. numero 12.* aliter enim non censeretur mutata natura testamenti, In dubio enim propter naturam vltimae voluntatis, testator non praesumitur velle contrahere, *secundum Aretinum dict. leg. haeredes palam, §. fina. ad finem, & Nattam consilio 73. numero 7. & Mantic. de coniecturis vltim. volun. lib. 3. titul. 18. numero 11. & numero 12.*

Non obstat etiam tertium fundamentum, scilicet, quod non est verisimile, quòd vxor haec voluerit praeferre in suis bonis consanguineas mariti, in casu, in quo bona mariti defecissent: nam in praesenti vltra quod non fecit hanc praelationem, eo quod omnes in simul & pariter vocauit, ex voluntate eius constat vocasse consanguineas mariti, & iudicio sortis haec commisisse, prout in simili respondit Corneus *dicto consilio 159. numero 7.* vbi inquit ex vi verborum, ex paritate, vocando eas in simul & vnitiuè, & quia de fauore omnium agebatur, cum res dubia esset, quis testatorum prius moreretur, & reuocasset suum testamentum, concipi mentem cuiuslibet horum testatorum, volentium ad bona ipsorum omnes vocatas admitti, nulla distinctione facta, reuocetur nec ne, testamentum ex parte alicuius ipsorum.

Non obstat quartum fundamentum doctrinae Bald. secuti per Gregorium Lopez: quia doctrina illa non militat, neque locum habet in nostro casu, in quo non agimus vbi adsunt bona amborum testatorum, neque in casu, in quo voluntates ipsorum testantium diuidi possunt, vt in illa agitur doctrina, sed agimus nos, cum adsunt tantum bona ex parte vnius tantum testatoris, & cum voluntates eorum sunt vnitae & indiuiduae, & consequenter cessat in nostro casu doctrina illa, praesertim vbi datur mens testantium volentium, vt hic in simul & pariter admitti, nulla maiori affectione data in vnis, quàm in alijs, vt supra probatum est. Neque obstat, quod pluralitas resoluitur in singularitates: tum † quia hoc 30 cessat quoties mens testatoris repugnat vel cessat. Itidem in indiuiduis, vt optimè per Gutier. *in dicto consilio 4. numero 8. & 12. vbi & in nume. 9.* idem esse dicit, quoties verba in plurali numero prolata tendunt ad vnum effectum communem, & has credo veras responsiones huic obiectioni. Cui & alio modo respondet Corneus, *vbi supra nume. 9.* scilicet, quòd † vbi pluralitas resoluitur in singu- 31 laritates, id fit impropriè, & violenter, vt & inquit Tiberius Decianus, *in responso 74. numero 50. volumi. 3.* quae quidem violentia, & impropriatio non est facienda aduersus mentem & voluntatem testantium.

Vltimò non obstat argumentum dict. l. si ita relictum, §. in fideicommisso: nam ei respondet Corneus *vbi supra numero 7.* scilicet, quòd illud procedit ex verisimili mente testatoris volentis se conformare in dubio cum dispositione iuris: nam cessat in nostro casu, in quo probatum est, vnumquemque ex ijs testatoribus vocasse consanguineas suas & alterius testatoris, in simul pariter & vnitiuè: nam tunc censetur se conformasse cum dispositione iuris: & in claris non est locus coniecturis; quandoque enim testatores id nolunt, sed alienos potius praeferunt suis consanguineis, vel vt proprius loquamur, quoad nostrum casum, alienos in simul cum suis consanguineis vocant. Item, quia vt probatum est testatores ij non ordine successiuo, sed coniunctiuo & vnitiuo eas vocant in sua dispositione, & sic cessat omnino dictum contrariũ, & dicta obiectio; imo si solum reperirentur consanguineae ex parte mariti, illae sunt admittendae, vt inquit Aluarado *de coniectur. mente testat. lib. 2. cap. 2. §. 1. nu. 31.* Ex quibus vltra omnes remanet satis elucidata veritas haec. Sit laus Deo, eiusq; Beatissimae Matri, Plasentiae, anno 1591.

CONSILIVM IV.

Conditio nubendi inter consanguineos an apponi possit, & quod si apponatur, an inobediens priuetur haereditate ob hoc eis relicta, & alteri acquiratur: & appretium an faciat & constituat in dote emptionem: & conditio apposita in institutione, an censeatur repetita in substitutione vel praelegato.

SVMMA-

SVMMARIA.

1 Dubia duo in hoc consilio examinanda proponuntur, & num 2.
3 Impossibile reputatur id, quod ex alicuius tertij voluntate pendet. & num. 15.
4 Matrimonia debent esse libera & sine pœna, & nu. 5. ampliatur.
6 Actus legitimus prout matrimonium non recipit conditionem, neque diem, & num 22.
7 Conditio nubendi debet quamprimum potest adimpleri, & num. 36. & 37. & 41. & 42. ampliatur, & declaratur.
8 Voluntates testantium omnino adimplendæ sunt.
9 Conditio nubendi cum consanguinea in tertio gradu existente non reputatur impossibilis.
10 Spe præmij obtinendi inuitari quis potest ad matrimonium.
11 Pœna est priuare aliquem hereditate, quoties iam est acquisita, nu. 11. nisi vt ibi, nu. 12.
13 Viduitas perpetua, si per legatum per præmium inducatur, rejicitur pœna, & debetur legatum, n. 13. vbi & annectitur differentia, an dicatur si non contraxerit amittat, vel si contraxerit amittat.
14 Grauari potest is qui honoratur.
16 Testamenti verba secundum ius commune, non secundum speciale sunt intelligenda.
17 Testamentum, & qualibet dispositio à consuetudine interpretatur.
18 Papa potest in tertio gradu dispensare maximè causa subsistente.
19 Termini semper supponuntur habiles, & eo modo quo de iure disponi potest.
20 In linea collaterali quoto gradu remotior distat à communi stipite, toto distant inter se.
21 Nubere nolens cum Seya perdit legatum, vel hereditatem relictam, sub conditione, si cum ea nupsisset.
23 Terminus à iure constitutus ad acceptandum vel repudiandum, si abbreuietur per iudicem non inducitur repudiatio, neque valent ad hoc processus, & nu. 24. & 25.
26 Dies incertus conditionem inducit & nume. 27. ampliatur, & nu. 28. Quid in legato certa ætatis.
29 Dispositio mixta est quoties dependet à facto duorum.
30 Adire, vel repudiare non potens pro repudiante declarari non poterit, & nu. 31. vbi nihil agitur, si ante conditionis implementum fiat repudiatio.
32 Heredi relicto est danda defensio bonorum interim quod non adijt. & nu. 74.
33 Hæres conditionalis, pendente conditione non consentit sententiam adeundi, nume. 33. Neque sibi præiudicat, maximè in extraiudicialibus, vt n. 34.
35 Ius agendi, quamuis per proclamata tolleretur, non tamen ius nullitatis proponendæ.
38 Hæres non est ita grauandus, sicut legatarius, & nu. 39. apponitur ratio.
40 Conditio mixta dicitur illa, quæ dependet etiam à voluntate alterius tertij.
41 Conditio protestatiua est speciale in contractibus, vt adimpleatur, quamprimum quis potuerit, & num. 42. Quid in vltimis voluntatibus.
43 Protestatio non est necessaria vbi adest impedimentum.
44 Negligentia nunquam imputatur alicui, nisi vbi proficeret diligentia.
45 Institutus sub conditione pro ea adimplenda interpellari non debet.
46 Qui causa implendæ conditionis tenetur aliquid facere vel dare, tenetur ire ad domum illius, cui debet facere, vel dare.
47 Qui aliquid tenetur facere, non sufficit quòd sciat, nisi & interpelletur.
48 Ius instituti euanuit vbi deficit conditio institutionis.
49 Æstimatio vel dotis apprætium an faciat emptionem.
50 Res dotalis æstimata, & appretiata efficitur propria mariti, & ei vendita censetur.
51 Venditio vera est datio in solutum debitæ quantitatis.
52 Datio in solutum quæ dicatur.
53 Æstimatio quando non faciat emptionem.
54 Quod fit principaliter in omnibus contractibus est attendendum.
55 Frater promittens aliquam quantitatem pro dote sorori suæ, etiam si eius administrator sit, censetur de suo donare, num. 55. & num. 56. ampliatur. & num. 57. declaratur & limitatur.
58 Iudicandum est idem de omnibus bonis mobilibus, & immobilibus in eodem instrumento contentis.
59 Maritus licet promittat integram dotem, non censetur lucro dotis, ex pacto vel statuto quæsito renunciare.
60 Mens partium talis censetur in traditione dotis, qualis fuit in constitutione.
61 Mutatio voluntatis non præsumitur.
62 Venditio facta censetur, si maritus confiteatur habuisse pecuniam pro dote, & viginti in vestibus.
63 Dos, si in quantitate promittatur, & post reperiatur prædium pro dote assignatum, licet nulla fiat mentio quantitatis, dicitur prædium æstimatum pro quantitate dotis, & dos non in prædio, sed in quantitate consistere. n. sexagesimo tertio.
64 Mens eadem contrahentium semper durare præsumitur.
65 Maritus promittens reddere dotem soluto matrimonio, an teneatur eadem bona restituere, vel sufficiat æstimationem.
66 Promissio facta à marito de restituenda dote his modis & formis, quibus data fuit, quem sensum habeat.
67 Verba geminata declarationem inducunt, sicut verba sonant, non autem ex interpretatione, licet dari posset.
68 Quod instrumentum non cantat, nec nos cantare debemus.
69 Verba ab idiotis prolata grosso modo sunt intelligenda, & secundum communem vsum loquendi.
70 Verba non sunt referenda ad illud, quod iure extraordinario, quandoque factum fuit. nu. 70.
71 Vendere bona aliena consentiente domino, licitum est, nu. 71. & nu. 72. etiam si contrahentes aliena esse sciant, modo furtum non committatur.
73 Mulier potest seipsam dotare de bonis penes se, vel tertium existentibus.
74 In causa cognitione agitata cum defensore plura considerantur.

75 Ver-

75 *Verbis narratiuis regulariter nulla fides adhibetur.*
76 *Notario non creditur de ijs quæ tempore actus interuenire non potuerunt.*
77 *Notario non creditur, etsi dicat, se vidisse, & legisse instrumentum relatum.*
78 *Sententia interim quod non notificatur, non præiudicat, neque in rem iudicatam transit.*
79 *Mandatum non præsumitur etiam per mille annos, nisi præsentetur.*
80 *Scientia facti ad hoc vt nocere possit requiritur, quòd notificatio fiat cum omnibus suis qualitatibus, nec sufficit quem scire factum, nisi sciat eius modum & qualitatem.*
81 *Notificare est notum facere.*
82 *Ordo iudiciarius ad hoc quod præsumatur seruatus, duo requiruntur.*
83 *Sententia continens notoriam iniustitiam, nunquam transit in rem iudicatam. & nu.84. Quod quandocunque nullitas hæc potest opponi.*
85 *Restitutio in integrum quemadmodum competat minori, & alijs priuilegiatis, tàm ex clausula generali, quam ex mero iuris rigore.*
86 *Appellatione deserta non censetur deserta dictio nullitatis.*
87 *Conditio apposita in institutione, an censeatur repetita in substitutione, vel in alia parte hæreditatis, per viam vinculi relicta.*

ANno Domini *1561.* quidam Didacus Nunnez de Almaraz in extremis constitutus, suum vltimum condidit testamentum, in quo inter alias clausulas, duas potissimum inseruit, quarum duarum clausularum virtute complures sunt excitatæ lites, & tenor harum duarum clausularum talis est.

Iten dexo por mis herederos à Gonçalo de Almaraz, y a donna Maria de Almaraz mi sobrina, y primo, y que se llamen de Almaraz, y mando que se casen en trambos a dos, y por el que quedare que no quiera casarse con esta condicion, que lo herede el otro que quisiere esta condicion, y que se ca se con vn primo mio, ò sobrina.

Post hanc clausulam alias differentes interseruit, quibus interfertis aliam ordinauit in hunc modum, & est clausula augmenti hæreditatis per legatum vocatum ab aduersarijs.

Ansi mismo digo y es mi voluntad, que vnos tres mil y quinientos marauedis que tengo de censo de vna vinna que tengo en Plasencia, los mando a mi muger por sus dias, y que despues de sus dias se bueluam a mi sobrina D. Maria cola dicha mi casa, y el alcacer d la puerta del sol, todos tres iuntos, y el parral que tengo, que era de Francisco de Almaraz, y el oliuar que tengo ala cruz. Estas quatro pie cas qui ero yes mi voluntad las herede la mi sobrina con la bendicion de Dios y la mia, y que ansi herede su hijo mayor ò menor, sino ouiere hijo mayor, de manera que auiendo hijo, siempre lo herede, y no auiendo hijo ninguno sino hija, que la casen con el mas propinquo que ouiere, y la casen con el: y si no ouiere ninguna hiia, es mi voluntad, que lo aya el mas propinquo mio, con las condiciones ya dichas. Y ansi mesmo le encargo sobre este vinculo cada Viernes vna Missa de Passion cada semana, perpetuamente, para siempre sin fin, con vna oracion de Nuestra Sennora, que està en las capellanias, y enterramiento, adonde me mando enterrar. Y a mi tio Hernando de Almaraz ansimesmo le encargo, que tenga cuenta de me hazer cada anno vn cabo de anno.

Post hæc autem vxorem suam reliquit testator testamentariam, & executricem huius testamenti, temporibusque labentibus vxor hæc istius defuncti, cum vellet sibi satisfieri de dote, requisiuit iudicem, vt ijs Gundisaluo, & Mariæ de Almaraz, iuberet, vt acceptarent, vel repudiarent hanc hæreditatem, eis relictam, sub conditione nubendi intra certum terminum; aliter enim haberentur pro acceptantibus, aut repudiantib⁹ in eo quod sibi fauorabilius esset, & constitueretur defensor huic hæreditati iacenti, qui sibi satisfaceret de dote, & bonis competentibus, & sic per iudicem fuit iussum, & pronunciatum. Et ijs hæredibus nihil respondentibus, defensor dictus fuit constitutus, cum quo lite iam peracta, huic vxori dos sua, & alia competentia fuerunt tradita per sententiam iudicis, à qua defensor ipse non appellauit.

Quibus omnibus sic peractis, post deinde, absque eo, quod requireret Gundisaluum dicta donna Maria de Almaraz contraxit matrimonium cum Balthasare, qui non erat consanguineus prædicti testatoris, & pro dote, fratres dictæ Mariæ de Almaraz constituerunt ei bona secundæ clausulæ testamenti, & ipsa in scriptura dotis renunciauit hæreditati dicti testatoris, & dixit, quod nolebat eam, neque vnquam voluit. Matrimonioque hoc contracto, ipsa donna Maria cum marito suo Balthasare comparuerunt coram iudice in simul cum dicto defensore, asserentes, bona dicti testatoris dictæ secundæ clausulæ, esse onerata censibus pluribus, quotannis soluendis, quòd adhibita informatione de hoc, præberet licentiam vendendi: quia alia non superant bona, ex quibus solui, & redimi possent; & præstita licentia per iudicem supradictum, vendiderunt bona hæc omnia, exceptis illis trib⁹ millibus & quingentis morapetinis vxori relictis per dictum testatorem in vita sua.

Quibus omnibus factis post aliquod tempus dictus Gundisaluus contraxit matrimoniũ cum quadam sobrina testatoris, secundum quod ipse in dicta secunda clausula dixerat, & hoc facto petijt à dicta testamentaria & à dicto Balthasare, & donna Maria vxore eius, & filijs, & ab emptorib⁹ dictorum bonorum, bona illa alienata, & rationem aliorum omnium bonorum à dicto testatore relictorum, ex eo quòd ipse erat hæres vniuersalis: quia dicta Maria noluit cum eo contrahere matrimonium, quandoquidem contraxit antequam ipse Gundisaluus contraxisset matrimonium, & non requisiuit eum, & sic, quod tanquam inobediens & contrauenieus voluntati testatoris, perdidit hæreditatem & bona tàm primæ, quàm secundæ clausulæ, & pertinebant ipsi Gundisaluo, & quod alienari non potuerunt, tàm eo quod ipsa, neque eius maritus non erãt partes ad alienandũ, & erant vinculata, quàm quòd relatio iudici facta nõ erat vera, propter quod sequẽtia dubia in lite illa vẽtilata sunt, & in omnib⁹ ipse Gundisalu⁹ me in simul cũ conciue nostro Ioañe Gutte-

Gutterico Canonico Ciuitatensi, patrocinantibus, sententias, & executorias earum obtinuit, tam apud inferiores, quàm apud superiores iudices, satis lite hinc inde altercata.

1 Fuit primum † igitur dubium, Num Gundisaluo huic sit acquisita vniuersa hæreditas dicti Didaci testatoris, an non, & hinc alia orta sunt dubia, tàm circa æstimationem dotis huius testatoris, quam circa licentiam alienandi bona, tam libera, quàm vinculata, & circa emptiones eorum.

2 Secundum † dubium est, an iam quòd Gundisaluus de Almaraz fuerit successor & hæres vniuersalis dicti testatoris, in bonis liberis, & an, & idem in vinculatis in secunda clausula successerit, ex eo quod cõditio posita in dicta prima clausula institutionis hæredis, sit repetita in secunda clausula dicti vinculi, ac prælegati, vt dicunt aduersarij. & nos partem hæreditatem vocamus, & ad vtramque partem rationes proponentur.

Et quoad primum dubium pro parte negatiua, quòd Gundisaluus hic non succedat, sequentia facere, & vrgere videntur: Primò, quia cum, vt ex serie clausulæ testatoris, & etiam ex processu apertè apparet, ipsi Gundisaluus & Maria sint consanguinei intra quartum gradum, non possunt absque Papæ dispensatione contra-

3 here matrimonium, id † tamen, quod ex alterius tertij voluntate pendet. prout est dispensatio, impossibile reputatur, *ex tex. in l. apud Iulianum, § constat, de legat. 1. & in leg. continuus, § cum quid, ff. de verborum obliga.* eò quod non est in voluntate contrahentium conuertere voluntatem tertij (præsertim Pontificis maximi, vel alterius Principis) ad suam: igitur tanquam impossibilis actus non obligat, neq; tenetur quis illum implere, & per consequens excusatur: quia ad impossibile nemo obligatur: igitur excusabitur ista Maria.

4 Secundò, quia † matrimonia debent esse libera, *ex cap. gemma, de sponsalibus, notant Doctores, maximè Ias. in leg. Titia, numero 5. & 6. ff. de verbor. obl.*

5 *lig.* adeo, vt † neque iuramento firmetur pœnalis stipulatio apposita in matrimonio contrahendo, *secundum Bart. in dicta. leg. Titia, & Couar. in 2. par. Rubricæ, de testamen. nume. 10.* imo & ex decreto 9. *sessionis 24. de reformatione* sacri Concilij Tridentini præcipitur sub excommunicationis pœna ipso facto incurrendæ, ne quis quouis modo, directè vel indirectè subditos suos, vel quoscunque alios cogat, quò minus libere matrimonia contrahant; hic autem isti cogi videntur sub spe hæreditatis consequendæ, & non aliter: igitur quamuis non adimpleatur, nihil impedit: imò etsi tantum dicatur, quòd nubat quis cum consilio talis, aliter, quòd perdat relictum tale, si nupsit sine consilio non perdet, *secundum Aretinum consilio 67.*

6 Tertio, quoniam † actus legitimi, prout matrimonium, non recipiunt conditionem, neque diem; repugnat enim matrimonio conditio, cum, ea pendente, ad matrimonium consensus præstitus non sit. Item matrimonium est ad cohabitandum institutum, atque coniunctionem designat: repugnat ergo ei conditio, cum ea pendente effectum proprium minimè consequatur, & sic conditio à matrimonio reijcienda est, *ex leg. act° legitimi ff. de regulis iuris, & cap. act°, de reg. iur. in 6.*

Quartò, quia pro repudiante dictus Gundisaluus habitus fuit vigore dictæ sententiæ terminum limitantis, ad acceptandum, vel repudiandum, in eo, quod sibi notius esset: ergo post sententiam non est audiendus: quia obstat exceptio rei iudicatæ, quæ impedit litis ingressum, *vt per totum C. & ff. de exceptione rei iudicatæ.*

Quintò, quia transiuit triennium post mortem testatoris, & plus, & Gundisaluus non procurauit adimplere, neque requisiuit dictam Mariam, vt cum ea contraheret, tempore quo ipsa contrahere voluit cum dicto Balthasare, & per consequens ipse & non ipsa perdidit hæreditatem hanc: quia † quam primum poterat tenebatur 7 implere, *ex leg. fin. Codic. de insti. & substi. sub condit. fact. leg. 14. tit. 4. part. 6. & ex l. 2. § ad filiorum, Cod. quando & quibus quarta pars debeatur,* quam ad hoc singularizant relati per Mantic. *de coniect. vlti. volunt. lib. 11. titul. 11. nume. 23.* & Acosta *in leg. cum tale. § si arbitratu, ampliatio fin. nume. 19. ff. de condit. & d. monstr.* & hæc sunt, quæ pro hac parte considerari possunt.

Pro parte verò affirmatiua in fauorem dicti Gundisalui, & contra dictam Mariam, vt ipsa perdiderit hæreditatem, & accreuerit Gundisaluo, obedienti voluntati testatoris, faciunt sequentia, quibus quidem propositis, & responsum patebit argumentis primæ partis supra positis, & hæc fulcietur pars.

Et primò, quia † voluntates testantium o- 8 mnino adimplendæ sunt: inquit enim Imperator *in Authen. de nuptijs, § disponat.* voluntas testatoris pro lege adimplenda est; in re enim sua quilibet est moderator & arbiter. In cuius propositum plura similia cumulat Socin. Iunior, *consil. 124. nume. 12. & 13. volumi. 1.* Neque obstat declaratio Iaso. *in leg. nemo, in 2 lectura, nume 11. de legat. 1.* dicentis id verum esse, nisi testator contrarietur iuris dispositioni: nam tunc eius voluntas non est seruanda: quoniam hic non transgreditur dispositionem iuris, eò quod quantumuis isti Gundisaluus, & Maria sint consanguinei, cum intra quartum gradum, quam faciliter, vt probatum fuit in processu, dispensatio obtineri soleat à Summo Pontifice ad contrahendum matrimonium, prout ipse Gundisaluus obtinuit ad contrahendum cum sobrina ipsius testatoris propinqua & consanguinea dicti Gundisalui in tertio consanguinitatis gradu, non est † reputanda im- 9 possibilis dicta conditio contrahendi matrimonium, eò quod id quod Princeps concedere solet non est dicendum esse impossibile, qualis est dispensatio in tertio gradu consanguinitatis, vt expresse ex Paulo, & alijs inquit in propositum Couar. *in 4. 2. par. cap. 3. in prin. num. 8 fol 24. in antiquis,* & communem testatur Ias. *in dict. § constat. numero 13.* præsertim, quòd dispensatione impetrata iam nihil impossibilitatis adest, *vt per Tiraquel.*

quel. de retract. Lignag. §. 32. *gloss. vni. numero* 56. & 57. 60. & 61. & 65. & per consequens non est dicta conditio impossibilis, neque iuri contraria, & sic est omnino seruanda & adimplenda, *ex leg. fi. C. de insti. & substitu. sub conditione fact. & ex similib.* & sic cessat primum argumentum partis negatiuæ.

Secundò, quoniam in hac clausula prima testator hic non in modum pœnæ, sed per inuitationis & præmij causam allicit dictos Gundisaluum & Mariam ad contrahendum matrimonium, & hoc non est contra ius, neque illicitum: nam quamuis quis metu pœnæ non possit ad matrimonium contrahendum adstringi, ex dictis in secundo fundamento partis præcedentis negatiuæ, spe

10 tamen † præmij obtinendi optimo iure potest ad matrimonium attrahi, & inuitari cum aliqua, *ex l. Titio centum.* §. *Titio centum, el* 1. *ff. de condi. & demonst. vbi per illum tex. Bart. & communiter scribentes id notant, & Oldrad. consil.* 16. *quæst.* 1. *& Cephal. consil.* 319. *n.* 7. *volum.* 3. *vbi per totum illud consilium plura de his dixit Felin. Guilliel. Benedi. Pala. Rub. Suar. Couar. & alij, & eos referens* Moli. *de primog. lib.* 2. *cap.* 13. *nu.* 1. *& sequentib.* vbi ampliat procedere, ne dum in præcepto contrahendi cum certa persona, sed etiam in eo quod per viam modi adiectum est, dummodo conditio siue modus supradictus adimpleri possint, *leg.* 14. *tit.* 4. *par.* 6. neque perpetuam viduitatem inducant. Item, & quia non est pœna priuare hæreditate non adimplentem, eò quod non est ius radicatum neque formatum, &

11 tunc † est pœna priuare aliquem hæreditate, quoties hæreditas illa est purè acquisita, *secundum gloss. singularem in l.* 1. §. *si quis propter, versic. per in integrum, ff. de itine. actuque priuato.* Commendant eam Ias. & relati per Couar. *in* 4. 2. *par. c.* 3. §. 3. *n.* 3. & optimè per Mantic. *de coniect. vlti. volun. lib.* 11 *tit.* 18. *n.* 1. *cum* 3. *sequentib.* & absque veritatis præiudicio, si ista esset pœna valida & adimplenda esset, eò quod ab ipso testatore, qui instituit hæredes sub ea imposita fuit, & priuatio inducta. Quo casu qui lucrum dedit pacto, conditione, vel modo adiecto,

12 potest priuationem imponere: neque † tunc priuatio hæc dicitur pœna, secundū glos. rectè intellectam, *in l. si duo. ff. de acquir. hered.* quam singularizant Imola, & plures alij relati per Couar. *vbi sup. n.* 8. & Pelaez *de maiora.* 2. *par. quæst.* 1. *n.* 7. *fol.* 260. & sic conditio à nostro testatore imposita, *si nupserit*, valida est, & non est pœna, & per consequens cessant dicta in 2. fundamento primæ partis negatiuæ, liberaq; remanet voluntas ipsorum hæredum contrahendi matrimonium, nec ne: quia nullum interesse radicatum perdunt. Item, hic non impeditur per hanc nubendi conditionem perpetua viduitas dependens ex voluntate alterius, adepta dispensatione à Papa, sed voluntas propria ipsius Mariæ, & sic ea nolente perdit hæreditatem cum

13 à potestate sua tunc pendeat, prout † induceretur perpetua viduitas, si ex consensu vel voluntate aliorum nubere deberet: quia eis nolentibus, esset per indirectum priuata matrimonium contrahere: quo casu reijceretur conditio & haberet legitum vel hæreditatē, *vt per Corne. consi.* 105. *n.* 26. *lib.* 2. *& optimè per Acostam, in d.* §. *si arbitratu, ampliatio. fina.* Item hic priuatur lucro, si non contrahit, & hoc non est prohibitū de iure, sicut est cum priuatur lucro, si contrahit, *vt per Cephalum consil.* 319. *nu.* 25. *cum tribus sequentib. lib.* 3.

Tertiò, quia dicta conditio nubendi iustè apponi potuit ipsis hæredibus, *ex regu. l. ab eo, C. de fide fideicommiss.* quod † quem honoro grauare possū, 14 *& in l.* 3. *titu.* 9. *par.* 6. debetq; impleri dicta conditio *ex l.* 2. *C. de instit. & substit. sub. condi. fact. & l. vter ex fratribus, de condi. insti. l.* 14. *tit.* 4. *part.* 6. Neque obstabit dicere, quòd cum isti hæredes sint consanguinei intra gradum prohibitum contrahere matrimonium absq; dispensatione Romani Pontificis non possunt, de qua adipiscenda testator hic nihil disposuit, & sic meritò, quòd reijcienda sit hæc conditio tanquam impossibilis: quia inter † 15 eos absque dispensatione contrahi non potest matrimonium, & sic est impossibilis & reijcienda, cum dependeat à Pontificis voluntate, *ex l. cum ita legatum,* §. *videamus, ff. de conditio. & demonst. & gloss. in d. l.* 2. *C. de insti & substit.* Item, tanquam conditio à iure Canonico prohibita erat reijcienda, eo quod † verba testamenti secundum ius commune, non vero speciale, quod per dispensationem 16 posset obtineri, sunt intelligenda, *l. fi. C. de his qui veni. æta impet. notat Curtius Iunior consi.* 54. *nu.* 13. *&* 14. *& Mant. cum sequens in dicto titu.* 18. *n.* 6. *&* 7. *& facit dicta l.* 14. *in fine, tit.* 4. *part.* 6. *& l.* 3. *eodem tit. & parti.* Non, inquam, hoc obstabit, quoniam testator in dicta clausula ad ius commune se retulisse videtur, & cum eius dispositione conformare, *ex l. si duo. ff de acquiren hæredit. & l. hæredes mei,* §. *cum ita, vbi Doctores, ff. ad Trebel.* imò & ad id quod consuetum est fieri, & † ad consuetudinem testamenta, & 17 quælibet dispositio respicit, & à consuetudine interpretationem recipit, *secundum Innocentium in cap. olim, in principio, de verbor. signific. & colligitur ex l. fin. C. de fideiussor latè Mantic. vbi sup. lib.* 6. *tit.* 8. *n.* 6. *cum sequentib.* aliquibus. Et cum, vt dictum est, consuetum sit dispensare, vt dictum remanet in gradu consanguinitatis, in quo ij hæredes sese attinent, nulla impossibilitas dari potest vt diximus in primo huius partis fundamēto, neque datur aliquid incongruum, neque turpe, cum ad dispositionē iuris se referat testator, secundum † quamlibet Papæ in dicto gradu dispensare, maximè, causa subsistente, vt licet videre ex Couar. *in* 4. 2. *par. ca.* 6. §. 18 *10 per totum. maximè n.* 9. *& sequen.* Igitur iusta est dicta conditio, non verò turpis, neq; impossibilis; verba enim quantumcunq; generalia, de habilitate sunt restringenda, *ex l. vt gradatim. ff. de muneribus, & honorib. gloss. iuncto tex. in l.* 1. *C. de sacrosan. eccles.* & semper † præsupponuntur termini habiles, & 19 eo modo, quo de iure disponens poterat disponere, secundum Socin. Iunio. *consil* 31. *n.* 68 *&* 69. *volum.* 2. id in terminis nostris asserentem, & defendit optimè Moli. *de primogen. lib.* 2. *c.* 13. *nu.* 1. *cum seq.* vbi ita expresse tenent, & iterum in additionib. ad finem illius tractatus per ipsum appositis *in additio. ad dicta in lib.* 2. *cap.* 13. *n.* 7. optimè id fundat & tenet vbi *in n.* 11. fortius tenet ipse Molin. quod etiam si inter consanguineos secundi gradus apponeretur conditio hæc nubendi, adhuc tunc valeret conditio, quoniam quamuis sacrum concilium

lium Tridentinum reijciat dispensationem in dicto secundo gradu, solent tamen aliquando Pontifices eam concedere, prout possunt, & ideo nō erat tunc reijcienda conditio, sed dispensatio procuranda; non enim excusatur ob impossibilitatem hanc, nisi procuret id postulare à Principe, vt inquit optimè Bald. *consil. 395. pro donno Dinaldo, n. 3. lib. 2. per l. fin. § vlt. ff. de pignorat. act. & tenent Paul. & Aymon relati per Pelaez, de maiora. 4. p. quaest. 40. n. 20. & Franc. Becius consi. 37. n. 5. & 18.* idq; clarius in nostro casu procedit, cum hæredes ij non essent in secundo, sed in tertio gradu consanguinitatis, in quo faciliter dispensationes obtinebantur, præsertim cum tunc esset ante Concilium Tridentinum, quo tempore facilius dispensabatur etiam in secundo gradu: & quia quantumuis dictus Gundisaluus & Maria essent coniuncti in secundo cum tertio gradu consanguinitatis, non est denominanda consanguinitas à secundo, sed à tertio gradu, vt in hoc remotiori dispensetur, cum iuris regula sit, *vt apparet ex arbore consanguinitatis, in 6.* quod in duobus † consanguineis collateralibus in linea inæquali, quoto gradu remotior distat ab stipite, toto distant inter se, vt probatur in constitutione Clementis Papæ Sexti, nuper nondum typis excusa, relata tamen, & de iure sic respondendum per Couar. *in 4. dict. 2. par. § 10. nume. 12.* & cauetur hodie Motu quodam proprio bonæ memoriæ Pij Papæ Quinti, inter Motus proprios ab eo concessos, *fol. mihi 101.* vbi renouat constitutiones Gregorij, & Clementis prædecessorum suorum, quibus de causis isti cohæredes tertio gradu consanguinitatis faciliter dispensationem obtinerent, præsertim illo tempore ante Concilium Tridentinum, prout ex processu constat, & ipsi Gundisaluo concessa fuit in eodem gradu cum sobrina ipsius testatoris, & cum alijs multis in tertio gradu consanguinitatis dispensabatur, & id partes aduersæ non negant, & sic leges illæ Partitarum *3. & 14. titulo 4 part. 6.* secundum hæc sunt declarandæ & intelligendæ, vt voluntas testatoris adimpleatur, & non deficiat, cum in implemento eius vtilitas publica versetur, & tenentur illi, quibus aliquid sub conditione relictum est implere eo meliori modo quo possunt, ita quod dicta l. *14.* in fine reijciens conditionem nubendi cum consanguineo, intelligatur de illo, cum quo non esset consuetum dispensari, vel Papa nollet, vt optimè declarat eam Molina *d. lib. 2. cap. 13. n. 8. 9. & 10.*

Quartum & vltimum ex dictis resultat fundamentum, scilicet, quòd is cui aliquid relinquitur sub simili conditione, si nupserit Seiæ, si † nolit nubere, perdet hæreditatem, vel legatum, *ex l. 1. C. de insti. & subst. & ibi omnes, & l. 3. & 14. tit. 4. par. 6. l. 22. tit. 9. eadem par.* etiamsi consanguinea illa Seia esset ipsius grauati, & cum ea faciliter, & cum aliis dispensaret Papa: hæc tamen Maria id non adimpleuit, sed & potius recusauit, & expresse dixit, se nolle dictā hæreditatem, neque suæ intentionis vnquam fuisse illam adire, & sic nec contrahere cum dicto Gundisaluo: igitur tanquam inobediēs ea iustè per sententias tres conformes, priuata fuit & adiudicata ipsi Gundisaluo; & quia sic testator ipse priuauit inobedientem & nolentem implere dictam conditionem, & obedientem, vniuersalem hæredem tunc reliquit, dum tamen cum sobrina testatoris contraheret, prout Gundisaluus potest, contraxit, & faciunt dicta per Paulum de Castro *consil. 259. n. 2. volum. 1.*

Quibus sic fundatis & retenta hac parte affirmatiua vt vera, & tribus sententijs confirmata: Non obstant in contrarium pro prima parte adducta: nam primo, & secundo argumentis ex dictis in parte affirmatiua remanet satisfactum latè, & decisio Areti. *consilio 67.* in secundo fundamento relata, communiter reprobata est, *secundum Aymon. consil. 1. n. 3.*

Tertium vero argumentum ex dicta regula actus † legitimi, non obstat, eo quod regula illa non loquitur in nostro casu, & vltra casus ibi expressos locum non habet, vt communiter omnes intelligunt, teste Couarru. *in 4. 2. par. cap. 3. in princip. nume. 4.* Hic enim non agimus de conditione in matrimonio apposita, sed potius de inuitando ad matrimonium spe præmij, & sic regula in nihilo obstat, nec contrariatur.

Quartum argumentum, scilicet, quod per sententiam pro repudiante habitus fuit Gundisalu⁹, & sic non potest nunc velle adire, *ex l. sicut. C. de repud. hæredit. l. 18. & fin. tit. 6. part. 6.* Non obstat igitur hoc argumentum, quoniam primò ei respondeo, quòd terminus huic Gundisaluo constitutus nō fuit amplius quàm nouē dierum, & ita quod nouem menses, vel ad minus centum dies à l. fina. §. *& hæc quidem, C. de iure deliberan. & à l. itaque, ff. de acquiren. hæred. l. 2. tit. 6. part. 6.* per iudices constituendi, ad acceptandum vel repudiandū, non fuerunt integrè constituti, & tali † casu etiā si minus tempus constitueretur ad petitionem substituti, adhuc tunc non inducitur repudiatio per assignationem illam minoris termini, *secundum Alexandrū in d. l. fi. § fin aut. hoc, C. de iure delib. & glos. cien dias, in d. l. 2. tit. 6. par. 6.* Secūdo Respondeo, quòd dictus terminus Gundisaluo constitutus ad adeundū, vel repudiandū, solum fuit constitut⁹ ad petitionem vxoris dicti testatoris, vt sibi satisfieret de dote, & aliis bonis, & nominaretur defensor ad hoc hęreditati iacēti, non tamen vt Gundisalu⁹ remaneret ex toto exclusus ab adeunda, vel repudiāda dicta hęreditate; nō enim † ad hoc poterat iudex abbreuiare terminū, *secundum Bald. in Rubr. n. 2. C. de succes. edicto, & glos. 25. alomēos in d. l. 2. ti. 6. par. 6.* aliter enim † processus esset nullus, & mille processus debastarētur, secumdum Barto. *in l. siquis instituatur, ff. de hæredibus instituēdis, & ibi eum sequitur Imola, & d. glos. alomenos, dicta l. 2.* & communem testatur Padilla *in leg. si emancipata, nume. 43. & 44. C. de iur. & fact. ignor.* & noster conciuis Gutierrez *in repe. tit. §. sui, n. 109. inst. de hæred. qual. & diff.* erraret q; assessores hac de causa terminum minuentes hęredi, inquit idem Bartolus *in d. l. siquis, § 1.* & sic cum dictus terminus ad satisfaciendū creditoribus fuerit assignatus, & vt ad hoc bonis prouideretur curator & defensor, vt ex petitionibus & sententia constitit clarè, cessat dictum quartum argumentum, & per

& per consequens nunc potuit acceptare Gundisaluus dictam hæreditatem, neque eam censetur de iure repudiasse: præsertim, quoniam dictus Gundisaluus fuit hæres institutus sub conditione nubendi cum dicta Maria, si ipsa vellet; quod si nollet, ipse haberet hæreditatem, & nuberet cum sobrina testatoris, & sic fuit conditionalis expressa dicta institutio hæredum. Et dato quod non exprimeret id testator, cum sub die incerto nubendi, scilicet, cum dicta Maria, & ea nolente cum sobrina testatoris: quia testator nec Gundisaluus sciebant, an, & quando id esset faciendum, conditionalis est talis institutio, eò

26 quòd † dies incertus conditionem inducit, *ex tex. in leg. quibus diebus*, §. *quidam, ff. de conditio. & demonstra. tex. in leg. vnica*, §. *sin autem aliquid sub conditione. Codic. de caducis tollen. leg. 34. titul. 9. part. 6. & ex dictis per Angelum consil. 120. num. 3. & Anton. Gom. tom. 1. Varia. c. 5. n. 9.* & in expressis terminis tenet Alexand. *consil. 55. n. 22. volum. 2.* vbi am-

27 pliat, etiam si dictus † dies incertus esset in nostro casu impositus præstationi, & executioni legati, & non substantiæ, quanto magis, si substantiæ le-

28 gati, vt hic esset appositus: nam tunc † etiam legatum præstandum in tempus certæ ætatis, esset conditionale, secundum Alexandrum *ibi sic declarantem, l. ex his, C. quando dies legat. cedat*, & cum Alexand. dicit communem *in eodem numero* 2. eius Additionator: cumque dicta institutio fuerit

29 conditionalis, etiam si esset merè potestatiua, & † non mixta, sicut est: quia dependet à facto duorum: item & à facto Summi Pontificis habentis dispensare inter eos, *ex dictis per Bart. Soci. consi. 44.*

30 *n. 6. volu. 1 fol. 65.* dicta conditione stante non † potuit dictus Gundisaluus pro repudiante, neque pro adeunte declarari, eò quòd adire, neq; repudiare poterat, *ex d. l. si quis instituatur. §. 1. ff. de hæredib. inst. & l. si seru°. ff. de bon. authorit. iud. poss. l. 7. tit. 4. part. 6. l. 14. tit. 6. par. 6. l. 21. tit. 9. par. 6. & ex l. is qui heres, ff. de acquiren. hæredit. & ex aliis pluribus relatis per Pelaez de maiorat. 3. parte. quæst. 12.* & cum adire Gundisaluus non potuerit, conditione pendente, minus poterit pro repudiante declarari: quoniam vt inquit Iurisconsultus *in dicta l. is qui heres, in prin.* hæ-

31 res † institutus sub conditione, si ante conditionem existens repudiauit, nihil egit, qualis qualis fuit conditio, etsi in arbitrium collata esset, nisi coram iudice, creditoribus instantibus; vt inquit ibi glos. renunciet, & se non aditurũ dicat, quod tamen hic non apparet Gundisaluum dixisse, sed potius ipsam Mariam renunciasse, vt dictum est, iuri hæreditario, & cum stante dicta conditione, non fuerit delata hæreditas dicto Gundisaluo, neque per consequens potuit illam repudiare: quia is potest adire, qui & repudiare, & è contra, *secundum tex. in l. is potest, ff. de acqui. hæred.* Ex dicta sententia non potuit haberi pro repudiante in totum, nisi tantum quoad nominandum curatorẽ & defensorem hæreditati iacenti, vt vxori, & aliis creditoribus debita petentibus satisfieri posset, & in tali casu, si ipse Gundisaluus voluisset esse de-

32 fensor, nulli † alii quàm ei esset danda dicta defensio, *secundum Antonium Gomez. tomo 1. Varia. c. 12. n. 13.* cum tenderet in conseruationem bonorum, *ex dictis per Pelaez. vbi sup. n. 4.* Quibus nõ obstat, quòd Gundisaluus hic habuit notitiam dictæ sententiæ, cum pro repudiante declarantis, & nunquam contradixit: quoniam vltra quod ex dictis remanet satisfactum, etiamsi vellet contradicere, non poterat, eo quod nondum erat hæres: quia conditionem nondum adimpleuerat, neq; aduenerat dies adeundi, existente conditione, *ex l. cedere diem, ff. de verborum signific.* & infra dicetur: & sic †

33 non potest dici consensisse dictæ sententiæ, neque ei præiudicasse, neque emptiones bonorum validas fuisse, *ex dictis per Barto. & Doctores, in l. qua dotis, ff. soluto matrimo.* imo etiamsi præsens fuisset venditionibus bonorum, nihil ei præiudicaret, *ex dictis per Tiraquel. de retract. lignag. §. 1. glos. 9. nu. 148 cum seq.* maximè † in extraiudicialibus, *& per*

34 *Menes. in l. quoties ab omnibus, n. 5 & 6 fol. 57. C. de fideicommiss.* Neque minus obstat aliud Barto. & Iaso. *in l. si stipulatus fuerim, §. cum stipulamur, num. 3. fol. 108. ff de verbo. obliga.* relatum per Bosium *in practica crimin. tit. de proclamate, quod fit bon. publi. n. 11. & 12.* quoniam ibidem loquuntur ij Doctores, quoties non requiritur quod quis agat, vel acceptet, sed tantum quod demonstret de iure suo; tunc enim facto proclamate, si non compareat quis ad demonstrandum ius suum intra terminum proclamatis, amplius non auditur, sed in nostro casu requirebatur factum, & sic conditionis implemẽtum, & hæreditatis aditio, & creditorum solutio: igitur illud Iasonis nihil nocet dicto Gundisaluo, & præsertim cum secundum Bosium *dicto nu. 12.* licet per tale proclama tolleretur † ius agendi,

35 non tamen beneficium nullitatis tollitur, *vt per Cephalum consil. 317. nume. 49. volum. 3.* quæ quidem nullitas, & per dictum Gundisaluum allegata, & proposita fuit.

Vlterius & finaliter non obstat quintũ & finale argumentum, *ex l. 2. §. ad filiorum. C. quando, & quibus quarta pars debeatur. lib. 12.* & quod † quam pri-

36 mum posset erat adimplenda conditio, & quòd transiuit multum tempus à morte testatoris: quoniam vltra quod negatur triennium transiuisse, de quo loquitur *dicto §. ad filiorum*, eo quod dicta Maria nupsit cum Balthasare eius viro ante biennium lapsum à morte testatoris, *dicto §. ad filiorum*, loquitur dispẽsatiuè, & in casu speciali, & ideo nõ est trahendus ad consequentiam, vt inquit Socin, *in l. hæc conditio, la 2 n. 8. ff. de condit. & demons. & Mant. optimè de coniect. vlti. volunta. lib. 11. tit. 11. n 24. & Acosta in dicto §. si quis arbitratu. n. 29. ampliatione 5.* & sic in contrarium, & generaliter, quod nullo præfixo termino non restringatur ad tempus certum, est tex. *in l. conditionum, quæ in futurum, in fine ff. de conditio. & demons. est tex. in d. l. hæc conditio filiæ, eodem titul.* Præsertim, quòd conditio hæredi imposita per testatorem, etiam si sit merè potestatiua, & multo minus, si est mixta, vt hæc, de qua agimus, non re-

37 manet defecta, etiamsi † ab hærede non adimpleatur quamprimum poterit, ex tex. expresso *in dicta leg. si quis instituatur; & ibi gloss. præfinitur, §. 1. de hæred. inst. Bart. & omnes in leg. hæc conditio, la 2. ff. de conditio. & demonstra. gloss. in leg. 7. verbo, si se*

cumpliere, titul. 4. part. 6. Bald. in leg. si plures, numero 32. Codic. de conditionibus insertis, vbi numero 32. inquit, id adeo esse verum, quod neque compelli potest hæres adimplere conditionem: quoniam hæres † non est ita grauandus, sicut legatarius, secundum Bartolum *in dicto* §. 1. & *ibi gloss.* sic declarando *dictam leg. hac conditio*, & *gloss. quarta. dict. leg. septima.* vertitur enim, vt inquit Bartolus, *in dicto* §. *primo*, maius periculum in institutione, ne † testator remaneat sine hærede, quàm in legato, maximè, si talis conditio est pœnalis in defectum implementi eius: quoniam tunc clarius est, hæredem non teneri, etiam si conditionem illam non adimpleat quam primum potest, *secundum Bartolum in dict. leg. hac conditio, sic declarando leg. primam.* §. *item si ita, ff. ad leg. Falcidi.* Item, quia † conditio à nostro testatore apposita est mixta tanquam dependens à voluntate alterius, *vt per Bartolo. Soci. consil. 44. numero sexto. volumi. primo.* etiamsi in contractibus apponeretur, in quibus speciale est, vt conditio † merè potestatiua adimpleatur quàmprimum potest, vt probatur *in dicto* §. *ite si ita, leg. decimaquinta & decimasexta, titulo 11. par. 5.* Non habetur pro defecta conditio mixta, etiamsi non adimpleatur quamprimum poterit, & multo † minus habebitur pro impleta in vltimis voluntatibus, siue apponatur talis mixta conditio in hæredis institutione, siue in legatis, *secundum Paulũ in dicta l. hac conditio, la 2. & ibi Socin. n. 2.* Et sic declarando textum ibi: & in terminis nostris de conditione, *si nupserit*, probatur expresse, *in dicta leg. conditionum, 90. ff. de conditionibus & demonstrationibus.* & sic fuerunt decepti Bart. & Plate. *in dicta l. 2.* §. *ad filiorum*, dicentes conditionē, *si nupserit*, esse adimplendam intra triennium post mortem, testatoris, contra quos communem dicit Soci. *in dicta leg. hac conditio, numero secundo in fine*, vt optimè aduertit Spino *in Speculo testamentor. gloss. decimaquarta principali, numero vigesimo & 219.* & relato Soci. tenet Acosta *in dicto* §. *si quis arbitratu, numero 29. ampliatione fin.* Præmaximè, quod vltra dicta, apparet ex processu, dictam Mariam repudiasse hanc hæreditatem, tàm verbo, quia per scripturam professa fuit. se nolle eam adire, neque vnquam suæ voluntatis fuisse eam acceptare, quàm facto, contrahendo cum dicto Balthasare, absque eo quod Gundisaluum requireret, & sic noluisse amplecti conditionem nubendi cum dicto Gundisaluo, quo quidem in casu neque ipse Gundisaluus adstringebatur illam requirere vel protestari: quoniam frustra expectabatur euentus, cuius nullus sequitur effectus, vt inquit in simili Bote. *de synodo, secunda part. numero 65.* neque † in materia impedimenti est necesse protestari, *secundum Aymon. consilio 253. numero quinto, volumi. 1. & Rebuf. in tertio tom. constit. Fran. titulo de excusati. numero 52.* vbi *numero 54.* inquit, sic praxim seruare, negligentiaq; † nunquam alicui imputatur, nisi vbi diligentia proficeret, secundum tex. *in leg. penultima* §. *si ea. ff. ad leg. Rhod. de iact.* quem ad hoc allego *in leg. quarta, numero decimo, titulo sexto, libro tertio recop.* & notat Bald. *consilio 145. casus talis est, col. quarta, libro tertio*, & Aymon *consilio 246. Iacob. col. fin.* Ruinus comprobans notabiliter, *consilio 142. numero octauo, & nono, libro quarto*, & Fran. Becius *consilio 37. numero 29.* vbi & inquiunt, quòd non est necessaria protestatio, & ille † qui habet implere conditionem, sub qua est institutus, non debet interpellari, *leg. mutiana, ff. de conditionibus & demonstrationibus. notat Decius consilio 261. numero tertio volumine secundo.* neq; debens † aliquid facere, vel dare causa implendæ conditionis, tenetur ire ad domum illius, cui debet facere vel dare, *secundum textum in leg. tales.* §. *priscus. ff. de conditionibus & demonstrationibus. notat Bald. in leg. prima numero 18. Codic. de institutionibus & substitut. sub condi. fact.* & † qui aliquid tenetur facere, non sufficiat quod sciat, nisi & interpelletur, *ex gloss. in cap. non iustè. verbo appellare, de procurat. de qua meminit Cardinalis ca. fin. quæstio. prima de emptionibus & venditionibus. tenet Bartolus in leg. denunciasse*, §. *quid ergo. numero secundo. ff. de adulteris. & in leg. non solum*, §. *morte, numero 52. ff. de noui operis nunciat. Abb. in cap. cum inter vniuersas, numero decimo de electio. & in cap. ecclesia vestra, nume. nono eodem titul. sic declarantes textum in c. eum qui certus est, de regulis iur. in 6.* Ista tamen Maria obligata & adstricta erat implere conditionem, si hæreditatem volebat, & cum prius nupserit, requirere tenebatur Gundisaluum, quod non erat ei dedecus, nec inhonestum, vt probatum est in processu, neque eam tenebatur requirere Gundisaluus; Tùm, quia nihil proficeret, tum etiam, quia ad id non tenebatur, eoque ipse tunc non tractabat de nubendo cum alia; & sic probatum remanet, non requisisse Gundisaluum, cum contrarium non probetur, vt in propositum inquit Aymon Craue. *consilio 1. numero 7. cum sequentibus volumi. 1.*

Igitur dictus Gundisaluus est omnino vniuersalis hæres declarandus; euanuit † enim dispositio ex persona ipsius Mariæ, *iuxta tradita per Bartolum in leg. prima ff. de condi. & demonstrationibus. & leg. cedere diem, ff. de verborum significationibus & leg. generaliter.* §. *cum autem Codic. de institutionibus. & substitu.* Totaque dispositio impleta remansit in persona Gundisalui, qui quidem multo postquã dicta Maria nupsit cum dicto Balthasare, nupsit cum sobrima ipsius testatoris, ad conditionem ex sua parte implendam, prout censendum est fuisse, *iuxta tradita per Bartolum in leg. 2. numero 3. per textum ibi ff. de conditionib. & demonstra.* & sic non vna, sed tribus sententiis declaratum fuit, & præstita executoria ipsi Gundisaluo, in qua vniuersalis hæres fuit declaratus, & dicta Maria, & vir eius, & filii eorum, & vxor testatoris tanquam testamentaria condemnati fuerunt, vt traderent dicto Gundisaluo omnia bona hæreditaria dicti testatoris, & rationem eorum, & sic executum fuit.

Qua quidem de causa & ipse Gundisaluus itidem petebat bona dotalia vxoris ipsius testatoris, offerendo ipsi vxori æstimationem bonorũ dotalium cum pecunia numerata, dos promissa, & item

& item tempore traditionis bona tradita pro dote æstimata fuerint, & sic petit bona Gundisaluus pro solutione dotis assignata, offerendo ei pretiũ æstimatum. Ex quo dubitatum fuit, an † dictum 49 appretium & æstimatio emptionem faceret, & quod sine dubio emptionem constituerent promissio dotis, & appretiata bona tradita eiusdem 50 valoris & æstimationis, quo † casu illa res non dicitur dotalis, sed propria ipsius mariti, & ei censetur vendita, secundum Roland. à Valle, *consil. 64. num. 5. & 6. volum. 4.* qui ad hoc citat Veroium *in pluribus consiliis*, & Bart Socin. *consilio 69. Visolan. colum. 3. versic. circa secundam difficultatem, volum. 4.* qui in pulcro casu loquitur & eum refert & sequitur Socin. Iunior *consil. 141. num. 4. volumine 1.* Horum autem præcipuum fundamentum est: quoniam 51 datio † in solutum quantitatis debitæ vera sit vẽditio, *ex l. si pretium, C. de euictionibus cum similibus per eos allegatis, latissime per Tiraquel. de retract. Lignagier. §. 1. gloss. 14 numer. 2. cum pluribus sequentibus.* Ea † 52 autem est datio in solutum, secundum Tiraquel. ibi, quoties fundus soluẽdi causa datur, siue cum pro soluto datur: hæc autem pro solutione pecuniæ in dotem promissæ data sunt certa bona appretiata & æstimata: ergo vendita sunt marito, & sic sua, & sui hæredis soluendo vxori appretiatum illud & æstimationem illam in pecunia promissam tempore promissionis dotis.

Neque obstat id quod in contrarium allegatur, scilicet, quod ipsamet scriptura dotis promissæ, ipsemet dotans, qui erat frater ipsius dotatæ, inquit: *Que manda las dichas quatrocientas mil marauedis y las promete de la legitima y herencia que pertenece y puede pertenecer a la dicha dotada de sus padres, y que en ello entra la mejora que su madre le hizo de cien mil marauedis.* Et inquit plus: *Que si tassados los dichos bienes de las legitimas, no llegaren à la dicha quantia, que lo suplira de sus bienes sobre lo que valiere la dicha legitima y mejora.* Ex quibus videtur aperte colligi, quod æstimatio facienda erat ad effectum sciendi, an facta dicta æstimatione, ipse dotator deberet a-53 liquid vlterius. Et † quando fit æstimatio ad cognoscendum rei valorem, ad alium effectum quã solutionis, tunc non facit emptionem. *l. æstimatis, ff. soluto matrimon. cum ibi traditis.* Nam huic difficultati faciliter ex sequentibus respondetur. Pri-54 mo, quod in † omnibus contractibus ad id est attendendum, quod principaliter fit, *l. si quis nec causam, ff. si certum petatur, cum ibi per Doctores notatis*, vbi Ias. *nu. 3. 4. & 5.* ad aliquos notabiles casus infert ex hac regula, eamq; more suo ornat. Sed si bene aduertatur, quod principaliter fit in prima scriptura promissionis dotalis, de qua nũc agimus, est constitutio, & promissio ipsius dotis, quod patet in principio ipsius instrumenti dotalis, ibi: *Por quanto esta tratado casamiento, &c.* & ibi: *Se obliga, que dara en dote y casamiento quatrocientas y treynta y siete mil y quinientos marauedis.* Ex quo colligitur expresse, quod principale intentum fuit promittere & se obligare ad soluendum illã certam dotis quantitatem: ergo de aliis, quæ incidenter accesserunt non est curandum, *vt per multa ostendit Ias. vbi sup. n. 3. cum multis sequentib.* Præterea & secundo respõdetur, quod causa quare in dicta dotis scriptura dictum fuit vt intelligeretur, quod dictus dotem constituens & expromissor vltra legitimã & meliorationem illam non assignabat dotem illã, neque de suo dotem promittebat: aliter enim sic intelligeretur, nisi expressum fuisset, nam † si frater 55 aliquam rem, vel quantitatem sorori suæ in dotẽ promittat, censetur donare de suo, etiamsi alias esset administrator, atque ideo non compensatur cũ eo, quod ex administratione debet, vt docuit Cyn. *in l. fi. quæst. 3. C. de dotis promi. Salicet. ibi quæst. 3. Imol. in l. 1. ff. soluto matrim. Iacob. Mande. communem habet cons. 12. vbi late probat*, & Socin. quem ille non citat *consil. 291. colum. 7. versic. quarto*, qui tunc videtur dare, vbi bene, & sic si fratres nullam contraxerunt societatem, sed viuunt in cõmuni pro indiuiso, si dos detur filiæ vnius fratris, cæteris fratribus tacentibus, & † nihil protestantibus illi, qui 56 non contradixerunt, videntur donasse portiones suas, *secundum Imol. in cons. incipiẽti in casu præmisso, de plurib in 4. dubio, Dec. cons. 66. n. 4. vers. secundo principaliter, & cons. 68. n. 4.* Et quamuis Alexan. *cons. 154. n. 5. lib. 2.* aliud velit, prout eos refert Baeca *de non melio. filia. c. 15. n. 12. & 13.* tamen secũdum eum, ibi, si fratres consentirent res suas in dotem dari, videbãtur eas donare. Et licet ex tex. *in l. 9. tit. 11. par. 4. & Ant. Gom. in l. 53. Tau. n. 24.* si frater † habeat bo-57 na sororis suæ penes se, compellatur eã matrimonio collocare, & tunc si promittat in dotem cum sorore illa amplius quam in potestate sua habeat, illud plus vitiatur, & nõ tenetur illud soluere, tamen si constaret, & appareret, animũ suum fuisse illud donare, & promittere animo donandi tenebatur illud soluere, *secundum Bal. Nouel. de dote priuilegio 3. & 45. & gloss. l. cum post, §. 1. ff. de administ. tuto. & eã allegando ita sentit glos. no valdria, in dicta l. 9.* Et vt hæ dubitationes cessarent, dotator hic expressit nõ de suo, sed de legitima & melioratione dicta dotare, manifeste colligitur, non hoc esse attendendũ, sed id tantũ, quod principaliter agebatur. Secundo, quia dictus dotator tempore traditionis ac solutionis dotis aliam fecit scripturam, in qua initium sumpsit, dicens: *Que para en pago del dicho dote que tiene mandado a su hermana, y a Diego Nunnez de Almaraz, su esposo, daua y dio para en pago de todo lo susodicho, primeramente siete mil marauedis de renta de yerua, tassado en tanto y en tales y tales bienes, tassados en tanto.* Prout ibi plenius continetur, & demum dicit: *En que se suman, y montan las dichas quatrocientas y treynta y seys mil y quinientos marauedis del dicho dote.* Ex quo sequitur, quod dicta bonorum æstimatio emptionem facit & venditionem, & bona illa deinde sunt mariti, & eius periculo. *l. quoties, C. de iure dot. l. plerunque, eod. tit. §. si ante, ibi, sit vera venditio, textus in l. 3. ff. locati, ibi, instrumẽtum emptum habeat, sicut fieret, cum quid inæstimatum in dotem daretur, de quo late per Doctores, in dictis locis. Bald. Nouel. in tract. de dote. 1. par. priuil. 23. tex. optimus in l. cum dotem. C. de iure dot. ibi: Quis enim dubitet æstimationem à te mulieri deberi, cũ periculo tuo res deteriores fiant*, præsertim, cum vxor hæc dicti Didaci Nunnez de Almaraz, alias plures res in eadem promissione dotis promissas & solutas, ipsamet vxor, dum dos ei restituitur,

 petiit

petiit eas,& recuperauit in eadem æstimatione,in qua æstimatæ fuerunt,& per consequens debet alias res in eodem instrumento promissas,æstimationem earum recipere; vnum enim instrumentum non debet diuerso iure censeri: idemque † (58) quod est de bonis mobilibus, de immobilibus in eodem instrumento contentis & æstimatis est iudicandum, *secund. Rubeum Alexandri in consi. 5. numer. tertio, & Bar. Socin. consil. 56. numer.* 8. *lib.* 1. *arg. l. eum qui. ff. de vsucapio.* & vna determinatio respiciens plura determinabilia, pariformiter debet determinari, *ex l. iam hoc iure, cum similibus, ff. de vulgari.* Item, cum promissio dotis fuerit in nummis constituta, quamuis pro illorum numorum solutione bona aliqua præstentur, ac tradantur, non censetur recessum à prima scriptura, neque iuri eius renunciatum, *ex dictis per Decium, consi. 195. num. 3* & sic inquit in propositum Barba. *consil.* 24. *colum.* 3. *in prin. lib.* 1. quod † (59) licet maritus promittat integrã dotem, non censetur lucro dotis, ex pacto, vel statuto quæsito renunciare. Et licet hoc non sit vsque adeo tutum, facit tamen in argumentum. Vltra quod & considerari potest, quod talis † (60) censetur mens partium in traditione dotis, qualis fuit in constitutione: sed in constitutione dotis promissio fuit in quantitate: ergo & in traditione, *vt inquit Socin. dicto consil.* 141. *numero* 3. *volum.* 1. Et quia † (61) mutatio voluntatis non præsumitur, *vt per Manti. de coniectu. vltim. volunt. lib.* 12. *cap.* 1. *num.* 2. *& seque.* Item, quia † (62) etiamsi pars dotis in pecunia daretur, alia vero pars in vestibus, si maritus confitetur, habuisse pecuniam, & viginti in vestibus, fit venditio, *secundum Syluam nuptialem, verbo, diuiti non est nubendum, num.* 71. Imo † (63) si dos in quantitate promittatur, & postea reperiatur prædium pro dote assignatum, licet nulla fiat mentio quantitatis, dicitur prædium æstimatum pro quantitate dotis, & dos non in prædio, sed in quantitate consistere, dicendum est, *secundum Socinum consil.* 141. *numer.* 4. *&* 7. *volum.* 1. Præsertim cum in præsenti causa maritus non solum non obligetur restituere augmentum dotis, verum neque ipsam dotem, & ideo augmentum est mariti, vt per Syluam Nuptia. *vbi sup. numer.* 74. vbi consuluit maritis abstinere se ab obligatione restituẽdi dotem cum augmento, *de quo vide l.* 18. *titul.* 11. *part.* 4. *& ibi glos.*

Quibus non obstat quædam coniectura proposita per Coua. *dict. cap.* 28 *num.* 4. *versic. tertio colligitur*, vbi inquit: Tertio colligitur adhuc æstimationem rerum dotalium, emptionem non efficere, si pactum sit, quod res ipsæ matrimonio soluto restituantur. Etenim casus hic, & conclusio non conuenit casui nostro ex duabus potissimis rationibus: Prima, quod in principio, & sic in promissione dotis fuit dos in quantitate constituta & promissa, & sic ibidem emptio & venditio constituta est bonorum, pro eodem pretio & quantitate pro dotis solutione tradendorum, à qua quidem æstimatione per contraria verba apposita si fuissent in solutione dotis, non censetur recessum, vt supradictum remanet, *ex dictis per Decium consil.* 195. *& Bart. Socinum consilio* 24. *colum.* 3. *in principio, libro* 1. Semperque † (64) eandẽ mentem contrahentium durare præsumitur, vt diximus ex Socino, *dicto consilio* 141. *num.* 3. *volumine* 1. Secunda ratio est, quia in instrumento promissionis dotis, itidemque in instrumento solutionis non cauetur, quod soluto matrimonio res ipsæ restituantur, neque vllum verbum de hoc: Igitur doctrina Didaci Couarr. est differens, & non obstat intentui nostro. Et † (65) dato, sed non concesso, quod in instrumento solutionis dotis se obligaret maritus se dotem restituturũ, soluto matrimonio, adhuc intelligitur pretium restituendum, non vero bona: nam quotiescumque in instrumento nõ cauetur de re, vel æstimatione reddenda, sed verba instrumenti sic dicunt, quam dotem promisit reddere soluto matrimonio, maritus non tenetur eadem bona restituere: vera enim dos tunc est pretium quo res dotalis æstimata est, & ideo præcise debetur pretium, secundum Bald. *in l. quoties, C. de iure dot. num. fin.* & ibi Additionator, id notatu dignum asserit, & quod ita fuit consuetum Paduæ, sequiturque alios allegans Roland. Valle, *consil.* 64. *num.* 8. *lib.* 4. *& prius in consilio* 62. *num.* 15. *lib.* 2. *& Bart. Socin. consil.* 56. *num* 8 *volum.* 1. *& glos. de suso es dicho, in l.* 18. *tit.* 11. *p.* 4. imo, & quod est fortius, etiãsi † (66) promitteret maritus, quod soluto matrimonio res illæ tradantur & restituantur his modis & formis, quibus datæ fuerunt, habent hunc sensum, scilicet, vt integra fiat dotis restitutio, quoad prætaxatam æstimationem, *secundum Couarr. in dicto cap.* 28. *num* 2. Ex quibus infertur, quod quantumcunque in instrumento solutionis dotis esset dictum, quod bona dotalia essent ipsius donnæ Mariæ vxoris, & quod ei dentur, nihilominus satisfaciet maritus, siue ipsius hæres pretium restituendo: quoniam nullum verbum de restitutione bonorum dotaliũ adest & sic pretium est dos, vt diximus, & illud tantum restituendum, non vero bona dotalia: Item, quia absurdum esset pretium bonorum mobilium mulieri hic restitui, prout restitutum est, & pretium immobilium nõ restitui, sed immobilia ipsa, cum eadem scriptura vtraque bona sint constituta, & [illegible] allegans contraria, non est hæc mulier audienda; æqualitas enim in iudicio seruanda est. *ex l. cum quidam, C de fruct. & litis. expen.* & sic non est censendũ æstimationem hanc esse factam ad [illegible] valorem rerum dotalium, non vero ad efficiendam emptionem: tum, quia iuris præsumptio est in cõtrarium, vt dictum est: tum etiam, quia pluries geminata sunt verba illa (*estimadas, y estimacion*) quæ quidem geminatio arguit deliberatam mẽtem contrahentium voluisse emptionem & venditionem efficere, *ex tex. & eius materia in l. ballista, ff. ad Trebel.* Fortior est enim hæc præsumptio, quã si ex vnica & simplici locutione fieret hæc promissio, *secundum Bartol. Socin. consil.* 259. *lib.* 2. & † (67) ex geminatione censetur, disponentes nolle aliam declarationem fieri, neque aliter interpretari quã verba sonant, etiam si alia posset dari interpretatio, *secundum Dominicum in cap. duobus, n.* 8. *de rescriptis in* 6. *Iaso in l si constante, numer.* 83. *ff. soluto matrimon. Pelaez de maioratu* 1 *par. quæst.* 22. *numer.* 14 *in fine.* & † (68) quod instrumentum non cantat, neq; ego cantabo,

tabo, vt inquit Bald. *in cap. venerabilem, colum. 6. de elect.* more Venetorum, vt inquit Iason *consil. 228. colum. 3. volum. 2.* Neque est à verbis recedendum: quoniam † cõsiderate & deliberate prolata grosso modo, & vt sonant sunt intelligenda, & secundum vulgarem & communem vsum loquendi, *iuxta notata per Innocentium in cap. cum clamor. de testib. & Socin. consil. 116. nu. 22. volum. 1.* Neque † sunt referenda verba ad illud, quod iure extraordinario quandoque factum fuisset, vt *ex l. Seio, §. medico, ff. de annuis legatis*, notat Decius *consil. 430. num. 7.* & ordinarium est, æstimationem hanc emptionem & venditionem constituere, & sic ad hoc potius, quam ad aliud particulare, & aliquando factum, est referenda hæc dotis æstimatio, tum quia *ex l. 19. tit. 11. par. 4.* exprimẽdum est, æstimationem solum fieri ad sciendum rei valorem, aliter non præsumitur.

Minus etiam obstabit obiectio alia in contrariũ adducta, scilicet, quod bona hæc dotalia sunt de legitima parentum ipsius Mariæ, & sic non potuisse dotantẽ, qui non erat pater, neque ascendens, sed transuersalis, ea alienare & vẽdere: quoniam facilis est ad hæc responsio, scilicet, quod ipsamet Maria consensit huic dotis constitutioni, & æstimationi: & de † iure licitum est vendere bona aliena, domino consentiente, *vt probat. tex. in l. 54. tit. 5. par. 5. ex l. mater. C. de rei vendicatione, & ex dictis per Azonem in Summa, de reb. non alienan. parum post principium.* Potestque res aliena, vt aliena vendi, *l. rem alienam. ff. de contrahenda emptione*, etiam si contrahentes alienam esse sciant, modo furtum non committatur, *secundum Tiraquel. de retract. titul. 1. §. 1. gloss. 2. numer. 19.* Insuperque † mulier potest se ipsam dotare ex bonis suis, penes se vel penes tertium aliquem existentibus, *ex tex. in l. 15. titul. 11. partit. 4.* & tunc siue ipsa se dotet, siue alius pro ea, æstimatio facit emptionem, *secundum Antonium Gomez in l. 33. Tauri. numer. 44.* Sufficitque partium taxatio & æstimatio, licet æstimatores nõ nominentur, *secundum Bartolum, Socin. consil. 56. nu. 6. lib. 1.* & sic euidentissime apparet in præsenti æstimationem emptionem efficere, bonaque ipsa dotalia reddenda ipsi Gundisaluo soluto per eum dicto pretio taxato ipsi Mariæ, & in hoc nullus discrepat: veruntamen ei denegatum fuit duabus sententiis in Cancellaria Pinciana, solo vno fundamento, scilicet, quod dictæ Mariæ erant iam ipsa bona tradita, virtute cuiusdam sententiæ antea prolatæ, cum defensore bonorum dicti Didaci Nunnez de Almaraz, multo antequam dictus Gundisalnus eius hæres adiret hæreditatem, sed potius iacente ea, quam sententiam ipsa Maria asseruit in rem iudicatam esse lapsam: & quamuis sic fuit pronunciatum; attamen plura in contrarium & pro ipso Gundisaluo vrgebant, quibus difficulter responderi poterat. Primo, quia hæc sententia cum defensore fuit prolata absque causæ cognitione, in † qua causæ cognitione plura seruanda sunt, scilicet, citatio. Item, quod iura litigantium ostendantur, & quod ordo iudiciarius obseruetur, & termini statuantur, *vt optime per Menochium, de arbitrar. lib. 1. quæst. 19 per totam.* Hic autem omnia hæc defecerunt: quoniam etsi per relationem apparent & asseratur in relatione ipsam Mariam, & partes fuisse receptas ad probandum, non apparet de notificatione huius sententiæ interlocutoriæ. Et quamuis ibidem referatur factas fuisse probationes, non apparet per quem, neque quod defensor fuerit citatus ad videndum iurare testes, & relatio hæc nihil ponit in esse, neque vllam fidem facit, iuxta tex. in Authen. *si quis in aliquo documento, & ibi Doctores, C. de edendo*, vbi dicitur, nullam fidem adhibendã instrumento facienti mẽtionem de alio instrumẽto, quia † verbis narratiuis regulariter nulla fides adhibetur, et si à quouis Rege vel Principe proferantur, optime text. *in cap. si Papa, de priuil.* ibi: Si Papa in aliquo priuilegio exeptionis, vel consimilia verba narret, non propter hoc exemptio est probata, nisi aliter doceatur: egregie Romanus *consil. 180. num. 3. & sequen.* & in terminis, quod notario † non credatur in iis quæ tempore actus interuenire non potuerunt, vt sunt dicti actus de quibus notarius relationem facit, testatur Bartolus *in l. 1. C. de fide instrumento. & iure hast. fisca. lib. 10. Federic. consil. 99. late Aymon consil. 88. numer. 21. & 22. Alexand. consil. 119. nu. 4. volum. 1.* & est communis secundum Paulum, *consil. 202. num. 4. volum. 1.* idque adeo, vt † etsi notarius fidẽ præberet se vidisse & legisse instrumentum relatum non probaret, secundum Bar. Paul. & Ias. *d. authen. si quis in aliquo documento*, etiamsi Spec. relatus per eũ, & maxime per Ias. *ibi. n. 7.* aliud voluerit, de quo miratur Paulus ibi, cum sit contra generalitatem ipsius authenticæ. Et quamuis Paul. ibi, vt refert Iason. *d. num. 7.* asserat, quod communis practica sequitur Specul. ego tamen semper vidi obseruari in practica contra Speculat. contra quem est communis opinio; secundum Socin. Iunior. *consil. 57. n. 4. lib. 1.* & Afflict. *decis. Neapol. 273. in fi.* vbi inquit, quod Speculator nihil tale dicit, & optime per Rolandum, *consilio 15. num. 21. volumine 1. & Deci. cons. 503. & 522.* & Ferretus relatus, & sequutus per Franciscum Becium *consil. 5. numer. 5.* vbi ampliat, etiamsi notarius se referat ad instrumentum ab ipsomet receptum. Et quamuis in cõtrarium referri soleat Couarruuias *in practica, cap. 21. n. 2. versic. quod si fiat*, si bene inspiciatur, dicta per eum nihil contradicunt: quoniam ibi solum dicit; quod censetur originalis commemoratio illa, & fidem facit, iuxta formam & seriem ibidem relatã, ita quod vult Couarr. quod si de tenore instrumẽti relati nihil referatur, nihil valeat, vel si aliud voluit ipse Couarr. male loquutus est: fatetur tamen ibidem ipse Couarruuias, quod si fiat mentio alterius instrumenti, per alium notarium confecti, nihil probat: tamen si asserat, non leuem oriri præsumptionem pro veritate illius actus, & instrumenti, sicut colligitur *ex decisione 58. Bellame.* Cõmunis tamen sequẽda est, vt vides, & sic in nostro casu nihil obest relatio tabellionis neque sumus in antiquis, vt propter antiquitatem credatur hoc casu notario, *vt tradunt Paulus consil. 202. n. 4. vers. secundus casus, & Aymon dicto cons. 88. n. 22. ad finem*, quoniam in hoc nostro casu, vbi tractatur de graui præiudicio, non sufficit ad hoc tẽpus minus trigin-

triginta annorum, *vt notat Imola in capite, peruenit, de emptione & venditione.* Et dato, quod dicta relatio aliquam fidem faceret, nullo modo poterat eam facere, in non relatis, ita quod licet credendum est partes fuisse ad probādum receptas, non tamen apparet, neque refertur, defensorem bonorum fuisse vnquam citatum, ad videndum iurare, & cognoscere testes, ex quo maxima nullitas apparet, *per textum in capite 2. de testibus, cum ibi traditis ab omnibus.*

78 Secundo, quia licet † d. sententia fuisset rite, & recte lata, non fuit defensori notificata, neque intimata, & interim quod non notificatur & intimatur, nunquam transiuit in rem iudicatam, neque potuit præiudicare hæreditati iacenti, *glos. penult. in Clemen. 1. de appellatio*, late per Cephalum, *consil 241. num. 52. & 56.* vbi dicit, quod quādo sententia partibus nō intimatur, videtur in dolo versatum esse, citantur ad hoc Doctores *in cap. fin. de appellatio.* & Anchara. *consil. 372. colum. fin. versic. circa tertium*, vt refert Rolandus à Valle, *consil. 100. volum. 4. num. 148.* vbi etiam dicunt, quod quoties non apparet de notificatione, præsumitur non fuisse factam & ignorari sententiam, *per regulam præsumitur de regul. iuris, lib. 6. l. verius, ff. de probatio. cum vulgatis.* Neque obstat id, quod in contrarium asseritur, scilicet, sententiam fuisse notificatam cuidam Ioanni asserto substituto dicti defensoris: quoniam non constat, neque apparet de tali mādato & substitutione, & mandatū † non præsumi-

79 tur, nisi præsentetur etiam per mille annos, *secundum Baldum in l. 1. C. de rebus alien. non alienan. & l. 2. C. si ex fal. instrumen.* de quo pulcherrime per Cagnolum *in regula, velle non creditur ff. de regul. iuris, numero duodecimo*, vbi *numer. 13.* doctrinam Baldi *dict. l. 2. C. si ex fal. instrumen. agatur*, extollit, & defendit, eamque dicit magis communem Socin. Iunior *consil. 56. numer. quinto. volum. 1. & in aliis pluribus locis.* Rursus assertum in contrarium adductum, scilicet, quod rationes calculatoris factæ in executionem dictæ sententiæ fuerunt dicto defensori notificatæ: nam ex hoc non sequitur, quod sciuerit tenorem dictæ sentētiæ, prout requiritur ex glossa singulari, *in cap. concertationi, de appellatio. in 6. ver-*

80 *bo, sciuerit*; ad hoc † enim vt scientia facti nocere possit, requiritur, quod fiat notificatio eius cum omnibus suis qualitatibus, neque sufficit quem scire factum, nisi sciat eius modum & qualitatem, *vt dicunt Ioannes Andreas, Dominicus, & Franc. Innocentius in capit. concertationi, de appellatio. in sexto, Decius consilio 222. numero tertio. & dixi in l. 2. titulo septimo, numero 34 & 35. libro quarto recopilationis. Et vltra ibi adducta tradit late Lancellotus in tractatu de attentatis, 1. parte. capit. primo numer. 76. & 2. par. cap. 4. in præfatione, & numero 67. & 68.* & Tiraquellus *de retract. lignagier. titulo 1. §. 36. glos. 2. num. 30 Puteus decisio. 265. & 397 libro secundo.* Ex quo in Regiis Cancellariis legibus, & ordinationibus Regiis, nunquam est permissum terminum appellandi, vel supplicandi currere, nisi à die notificationis sententiæ, & sic vsus in dictis tribunalibus obtinuit, quod procuratores partium, quibus procuratoribus fit notificatio sententiæ, à tergo ipsius sententiæ, vel actus notificati subscribunt sententias

81 illas, eis notificatas: nam † notificare est notum facere, *vt inquit Corneus consilio 75. colum. secunda, volumine tertio, Tiraquel. vbi supra, titulo primo, dict. §. 36. gloss. 2. numero primo*, & ex hoc venditori est notificandus libellus super re vendita productus, dum ab emptore de euictione requiritur, *secundum Couarru. libro tertio Varia. cap. 17. numer. 3.* Tertio, quoniam quantumuis defensor sententiam consensisset, non poterat præiudicari hæredi Gundisaluo, & eo quod non fuit rite & recte lata, & sic non potuit obtinere vim sententiæ: tum, quia non apparet seruatum ordinem iudiciarium, & sic non est præsumendus, quoniam est solemnitas extrinseca, *ex l. sciendum, & ibi Doctores, ff. de verborum obli-*

82 *gatione.* Ad hoc † enim, vt præsumatur, duo requiruntur: Primo, quod enuntietur in instrumento interuenisse, vt dicit crebriorem sententiam Cephalus *consilio 238. numero decimo octauo, volumine secundo*, & allegat Socin. Iunior. *consilio 56. volumine secundo*, communem dicentem. Secundo requiritur, quod iam quod enuntietur in instrumento per relationem, transeant 30. vel 40. anni, & in hac re accipere debemus longius tempus, scilicet, 40. annorum, *argumento leg. si stipulatus fuero decem, in fine, ff. de verborum obligatione, Socin. dict. consili. 56. numero decimo tertio, & Imol in capit. peruenit, de emptione, & venditione*: tum etiam, quia dicta sententia continet notoriam & manifestam iniustitiam & contra quamplurima iura expresse disponentia esse propria viri bona tradita ei in dotem æstimata, vt supra probatum est, & † quo-

83 ties sententia continet hanc iniustitiam nunquā transit in rem iudicatam, *secundum Abb. in cap. cum inter, de re iudicat. Hippolyt. in pract. §. ordine, numero decimo quinto Ias. in leg. de periurio, ff. de in litem iurando, numero quinto, & alios plures relatos per Cephalum, dicto consilio 241. numero trigesimo septimo. & quadragesimo septimo. optime Deci. cap. quoniam contra, n. trigesimo sexto, de probatio. Abb. in terminis in capit. fraternitatis, numero decimo tertio, de frigi. & malefica.* Et sic

84 † quandocunque nullitas hæc opponi potest, vt late diximus *in lege secunda, numer. 30. cum sequentibus aliquibus titul, 17. libro quarto recop.* & cum nulla esset sententia, neque in rem iudicatam trāsisset, nihil obstabat dicto Gundisaluo, imo & dato, quod in vim pacti valeret, vt inquit gloss. communiter recepta *in lege secunda, C. communia vtriusque iuris*, quam commendant Bald. & Doctores, ibi & Ias *in l. nemo potest lectura secunda, numer. 61. de leg. 1. & in l. 1. numer. 4. de feriis*, Felinus *in cap. cum dilecta, numer. 14. ampliatione 8. de rescriptis. & in cap. significasti, columna tertia, in gloss. magna, de foro competen. Palac. Rub. in repetitione cap. per vestras, §. 11. in fine. Aretin. consil. 56. Purpurat. in l. cum quid, num. 11. ff. de iurisdictione omni. iudi. Deci. consil. 475. numer. 33. cum sequentib. & consilio. 499. numero decimo quarto, versic.*

85 *vltimo non obstat*: nam † contra dictum pactum competit hæreditati iacenti restitutio in integrum, non solum ex clausula generali, sed ex mero iuris rigore, quemadmodum competeret minoribus, & aliis priuilegiatis, vt colligitur ex traditis per Felinum *in cap. de quarta, de præscriptionibus, numero*

numero 22.versi.fallit.3. præsertim attenta enormissima læsione, ex tali pacto resultante hæreditati iaceti, contra quã læsionẽ, vsq; ad 30. annos, cõpetit restitutio, *ex l.fi.tit.fin.par.6.* imo, & deserta † appellatione, non censetur deserta nullitatis dictio principaliter intentatæ, *secundum Cephalum in consil.317.numer.49.volum.3.*

86

Ex quibus omnibus in hac consultatione deductis apparet, dictum Gundisaluum esse verum hæredem, & ei hæreditatis bona restituenda cum fructibus, neque sibi obesse declarationem pro repudiante, cum nondum tunc fuerit hæres, vsque dum impleuit conditionem nuptiarum cum sobrina testatoris, & quod valuit conditio super hoc per testatorem imposita. Et apparet itidem quod dicta æstimatio rerum dotalium constituit emptionem veram, licet ex vi dictæ sententiæ nõ fuerint adiudicata dicto Gundisaluo, cum iam essent dictæ Mariæ tradita, & gauderet eis, & sic executoria declaratum fuit, dictam hæreditatem & bona eius, dicto Gundisaluo pertinere.

Quoad aliud dubium, an & in bonis vinculatis, sicut in liberis, dictus Gundisaluus successerit, & conditio † apposita in institutione, an censeatur repetita in substitutione, &, vt melius loquar, in alia parte hæreditatis per viam vinculi relicta, quæ prælegatum appellatur ab aduersariis, in cõsilio sequente videbimus late, ne hoc plus quam oportet extendamus.

87

CONSILIVM V.

An conditio duobus hæredibus in institutione apposita, censeatur repetita in prælegato vni eorum facto.

An repudiari possit hæreditas & acceptari prælegatum illud, & quid si prælegatum est maioris partis bonorum.

SVMMARIA.

1 *Conditio apposita in institutione hæredum censetur repetita in prælegato vni hæredum facto, & n. 2. Idem in fideicommisso, & in n.3.prosequitur, & nu. 30.declaratur, quomodo procedatur.*

4 *Portiones prælegata comprehenduntur sub vniuersali institutione primogenito vel fideicommisso, & n. 5.6.10.& 11.*

7 *Conditio apposita in vno legato non censetur repetita in alio legato eidem personæ facto.*

8 *Conditio non censetur in legato repetita quoties præcedit legatũ & sequitur post institutio vniuersalis.*

9 *Clausula præcedens maioris efficacia est ad sequentia quam è contra.*

12 *Conditio tacita sicut expressa non operatur repetitionem in prælegato, & n. 13. Quod tacitum siue expressum dicatur.*

13 *Declaratur tex.in l.Titia,ff.ad l.Falcid.& num.15.17. & 18.*

14 *Conditio apposita in institutione non censetur in substitutione repetita, & n.27.*

16 *Declaratur lex, sequens quæstio, de legat.1.*

19 *Fideicommissum si præcedit, prælegata ipsa non veniunt in restitutione fideicommissi, nisi ipsa bona vel maior eorum pars in prælegatis consumantur, & n.20.& n.21.ampliatur.*

22 *Destruitur Pauli de Castro declaratio ad regulam illam in n.1.supra positam & n.23.& 24.& 25.*

26 *Declaratur lex sub conditione, ff.de hæredi.insti.*

28 *Diuersitas personarum impedit repetitionem qualitatis, etiã si adesset aliqua dictio repetitiua similiũ.*

29 *Reprobatur consideratio quædam Imolæ in materia l. Auia.ff.de condi.& demonst.*

31 *Conditionis repetitio inducitur ex verosimili mente testatoris, n.31.non solum expressa sed & tacita, vt n.40.& 54.*

32 *Conditio repetita censetur in prælegato cohæredi facto, quoties maior pars in prælegato continetur.*

33 *Testatorem censendum est in minus quam possibile est velle hæredem grauari, & n.34.& 35. & 36.*

37 *Conditionis repetitio facta censetur, quoties potest operari sine correctione.*

38 *Familiam conseruari cẽsetur velle testatorem per nominis delationem habendam.*

39 *Persona extrinseca nunquam subintelligitur.*

41 *Dispositio quæ in vno tantum casu verificari potest, habetur pro expressa, ac si de illa in specie esset mentio facta.*

42 *Conditionis repetitio inducitur ex identitate rationis.*

43 *Voluntas testatoris debet sumi ex aliquibus in testamento expressis, vbi n. 44. Quæ sit sufficiens coniectura & quo modo consideretur.*

45 *Expressum dicitur id de quo si testator esset interrogatus idem respondisset.*

47 *Dilectus minus à testatore non debet præferri magis dilecto, & n.48.*

48 *Affectio testatoris cognoscitur ex ordine institutionis & substitutionis.*

51 *Conditionis repetitio ob absurdum vitandum inducenda est, & ob euitandam contrarietatem, vt ibi, n.52.& n.53. Ob æqualitatem seruandam.*

55 *Dictio, iam, denotat antiquarum conditionum vel verborum dispositionem, & nu.56. Quod est dictio complectiua, & non reddit rem dubiam, n.57. quod denotat perfectionem actus & continuationem & n.58. Quod ad præcedentia se refert, & n. 59. & n. 60. Quod ex hoc censetur qualitas repetita.*

61 *Referens censetur inesse in relato cum omnibus ibidem relatis, & n.62.*

63 *Conditiones nouæ quando continent modificationem & limitationem rei relictæ, in relictisque non impediunt repetitionem.*

64 *Verbum, se bueluа, intelligitur de re versa ad eum à quo erat ablata.*

65 *Institutio hæredis & augmentum hæreditatis eadem res & non duæ iudicantur, & n.66.ampliatur.*

67 *Dispositum in principali intelligitur dispositũ in augmento, & n.69. Quod est eiusdem naturæ.*

68 *Actus secundarius regulatur à primæuo.*

70 *Prælegatum de maiori parte hæreditatis factum censetur portio hæreditaria.*

71 *Repudiatione hæreditatis facta, quamuis in ea non adsit conditio, non possunt peti prælegata facta ex maiori parte hæreditatis.*

72 *Prælegatum in dubio præsumitur capere maiorem partem hæreditatis.*

73 *Institutionibus duabus stãtibus, vna pura & alia conditionali,*

triginta annorum, *vt notat Imola in capite, peruenit, de emptione & venditione.* Et dato, quod dicta relatio aliquam fidem faceret, nullo modo poterat eam facere, in non relatis, ita quod licet credendum est partes fuisse ad probãdum receptas, non tamen apparet, neque refertur, defensorem bonorum fuisse vnquam citatum, ad videndum iurare, & cognoscere testes, ex quo maxima nullitas apparet, *per textum in capite 2. de testibus, cum ibi traditis ab omnibus.*

78 Secundo, quia licet † d. sententia fuisset rite, & recte lata, non fuit defensori notificata, neque intimata, & interim quod non notificatur & intimatur, nunquam transiuit in rem iudicatam, neque potuit præiudicare hæreditati iacenti, *glos. penult. in Clemen. 1. de appellatio*, late per Cephalum, *consil 241. num. 52. & 56.* vbi dicit, quod quãdo sententia partibus nõ intimatur, videtur in dolo versatum esse, citantur ad hoc Doctores *in cap. fin. de appellatio.* & Anchara. *consil. 372. colum. fin. versic. circa tertium*, vt refert Rolandus à Valle, *consil. 100. volum. 4. num. 148.* vbi etiam dicunt, quod quoties non apparet de notificatione, præsumitur non fuisse factam & ignorari sententiam, *per regulam præsumitur de regul. iuris, lib. 6. l. verius, ff. de probatio. cum vulgatis.* Neque obstat id, quod in contrarium asseritur, scilicet, sententiam fuisse notificatam cuidam Ioanni asserto substituto dicti defensoris: quoniam non constat, neque apparet de tali mãdato & substitutione, & mandatũ † non præsumitur, nisi præsentetur etiam per mille annos, *secundum Baldum in l. 1. C. de rebus alien. non alienan. & l. 2. C. si ex fal. instrumen.* de quo pulcherrime per Cagnolum *in regula, velle non creditur ff. de regul. iuris, numero duodecimo*, vbi *numer. 13.* doctrinam Baldi *dict. l. 2. C. si ex fal. instrumen. agatur*, extollit, & defendit, eamque dicit magis communem Socin. Iunior *consil. 56. numer. quinto. volum. 1. & in aliis pluribus locis.* Rursus assertum in contrarium adductum, scilicet, quod rationes calculatoris factæ in executionem dictæ sententiæ fuerunt dicto defensori notificatæ: nam ex hoc non sequitur, quod sciuerit tenorem dictæ sẽtẽtiæ, prout requiritur ex glossa singulari, *in cap. concertationi, de appellatio. in 6. verbo, sciuerit*;

79 (see above)

80 ad hoc † enim vt scientia facti nocere possit, requiritur, quod fiat notificatio eius cum omnibus suis qualitatibus, neque sufficit quem scire factum, nisi sciat eius modum & qualitatem, *vt dicunt Ioannes Andreas, Dominicus, & Franc. Innocentius in capit. concertationi, de appellatio. in sexto, Decius consilio 222. numero tertio. & dixi in l. 2. titulo septimo, numero 34. & 35. libro quarto recopilationis. Et vltra ibi adducta tradit late Lancellotus in tractatu de attentatis, 1. parte. capit. primo numer. 76. & 2. par. cap. 4. in præfatione, & numero 67. & 68.* & Tiraquellus *de retract. lignagier. titulo 1. §. 36. glos. 2. num. 30 Puteus decisio. 265. & 397 libro secundo.* Ex quo in Regiis Cancellariis legibus, & ordinationibus Regiis, nunquam est permissum terminum appellandi, vel supplicandi currere, nisi à die notificationis sententiæ, & sic vsus in dictis tribunalibus obtinuit, quod procuratores partium, quibus procuratoribus fit notificatio sententiæ, à tergo ipsius sententiæ, vel actus notificati subscribunt sententias illas, eis notificatas:

81 nam † notificare est notum facere, *vt inquit Corneus consilio 75. colum. secunda, volumine tertio, Tiraquel. vbi supra, titulo primo, dict. §. 36. gloss. 1. numero primo*, & ex hoc venditori est notificandus libellus super re vendita productus, dum ab emptore de euictione requiritur, *secundum Couarru. libro tertio varia. cap. 17. numer. 3.* Tertio, quoniam quantumuis defensor sententiam consensisset, non poterat præiudicari hæredi Gundisaluo, & eo quod non fuit rite & recte lata, & sic non potuit obtinere vim sententiæ [illegible]tum, quia non apparet seruatum ordinem iudiciarium, & sic non est præsumendus, quoniam est solemnitas extrinseca, *ex l. sciendum, & ibi Doctores, ff. de verborum obligatione.*

82 Ad hoc † enim, vt præsumatur, duo requiruntur: Primo, quod enuntie ur in instrumento interuenisse, vt dicit crebriorem sententiam Cephalus *consilio 238. numero decimo octauo, volumine secundo*, & allegat Socin. Iunior. *consilio 56. volumine secundo*, communem dicentem. Secundo requiritur, quod iam quod enuntietur in instrumento per relationem, transeant 30. vel 40. anni, & in hac re accipere debemus longius tempus, scilicet, 40. annorum, *argumento leg. si stipulatus fuero decem, in fine, ff. de verborum obligatione, Socin. dict. consili. 56. numero decimo tertio, & Imol. in capit. peruenit, de emptione, & venditione*: tum etiam, quia dicta sententia continet notoriam & manifestam iniustitiam & contra quamplurima iura expresse disponentia esse propria viri bona tradita ei in dotem æstimata, vt supra probatum est,

83 & † quoties sententia continet hanc iniustitiam nunquã transit in rem iudicatam, *secundum Abb. in cap. cum inter, de re iudicat. Hippolyt. in pract. §. ordine, numero decimo quinto Ias. in leg. de periurio, ff. de in litem iurando, numero quinto, & alios plures relatos per Cephalum, dicto consilio 241. numero trigesimo septimo. & quadragesimo septimo. optime Deci. cap. quoniam contra, n. trigesimo sexto, de probatio. Abb. in terminis in capit. fraternitatis, numero decimo tertio, de frigi. & maleficia.* Et sic

84 † quandocunque nullitas hæc opponi potest, vt late diximus *in lege secunda, numer. 30. cum sequentibus aliquibus titul. 17. libro quarto recop.* & cum nulla esset sententia, neque in rem iudicatam trãsisset, nihil obstabat dicto Gundisaluo, imo & dato, quod in vim pacti valeret, vt inquit gloss. communiter recepta *in lege secunda, C. communia vtriusque iuris*, quam commendant Bald. & Doctores, *ibi & Ias. in l. nemo potest lectura secunda, numer. 61. de leg. 1. & in l. 1. numer. 4. de feriis*, Felinus *in cap. cum dilecta, numer. 14. ampliatione 8. de rescriptis. & in cap. significasti, columna tertia, in gloss. magna, de foro competen. Palac. Rub. in repetitione cap. per vestras, §. 11. in fine. Aretin. consil. 56. Purpurat. in l. cum quid, num. 11. ff. de iurisdictione omni. iudi. Deci. consil. 475. numer. 33. cum sequentib. & consilio. 499. numero decimo quarto, versic. vltimo non obstat*:

85 nam † contra dictum pactum competit hæreditati iacenti restitutio in integrum, non solum ex clausula generali, sed ex mero iuris rigore, quemadmodum competeret minoribus, & aliis priuilegiatis, vt colligitur ex traditis per Felinum *in cap. de quarta, de præscriptionibus, numero*

numero 21.versi.fallit.3. præsertim attenta enormissima læsione, ex tali pacto resultante hæreditati iacēti, contra quā læsionē, vsq; ad 30. annos, cōpetit restitutio, *ex l.fi.tit.fin.par.6.* imo, & deserta † appellatione, non censetur deserta nullitatis dictio principaliter intentatæ, *secundum Cephalum in consil.317.numer.49.volum.3.*

16

Ex quibus omnibus in hac consultatione deductis apparet, dictum Gundisaluum esse verum hæredem, & ei hæreditatis bona restituenda cum fructibus, neque sibi obesse declarationem pro repudiante, cum nondum tunc fuerit hæres, vsque dum impleuit conditionem nuptiarum cum sobrina testatoris, & quod valuit conditio super hoc per testatorem imposita. Et apparet itidem quod dicta æstimatio rerum dotalium constituit emptionem veram, licet ex vi dictæ sententiæ nō fuerint adiudicata dicto Gundisaluo, cum iam essent dictæ Mariæ tradita, & gauderet eis, & sic executoria declaratum fuit, dictam hæreditatem & bona eius, dicto Gundisaluo pertinere.

Quoad aliud dubium, an & in bonis vinculatis, sicut in liberis, dictus Gundisaluus successerit, & conditio † apposita in institutione, an censeatur repetita in substitutione, &, vt melius loquar, in alia parte hæreditatis per viam vinculi relicta, quæ prælegatum appellatur ab aduersariis, in cōsilio sequente videbimus late, ne hoc plus quam oportet extendamus.

17

CONSILIVM V.

An conditio duobus hæredibus in institutione apposita, censeatur repetita in prælegato vni eorum facto.

An repudiari possit hæreditas & acceptari prælegatum illud, & quid si prælegatum est maioris partis bonorum.

SVMMARIA.

1 *Conditio apposita in institutione heredum censetur repetita in prælegato vni heredum facto, & n. 2. Idem in fideicommisso, & in n.3. prosequitur, & nu. 30. declaratur, quomodo procedatur.*

4 *Portiones prælegatæ comprehenduntur sub vniuersali institutione primogenito vel fideicommisso, & n. 5.6.10.& 11.*

7 *Conditio apposita in vno legato non censetur repetita in alio legato eidem personæ facto.*

8 *Conditio non censetur in legato repetita quoties præcedit legatū & sequitur post institutio vniuersalis.*

9 *Clausula præcedens maioris efficacia est ad sequentia quam è contra.*

12 *Conditio tacita sicut expressa non operatur repetitionem in prælegato, & n. 13. Quod tacitum siue expressum dicatur.*

13 *Declaratur tex. in l. Titia, ff. ad l. Falcid. & num.15.17. & 18.*

14 *Conditio apposita in institutione non censetur in substitutione repetita, & n. 27.*

16 *Declaratur lex, sequens quæstio, de legat.1.*

19 *Fideicommissum si præcedit, prælegata ipsa non veniunt in restitutione fideicommissi, nisi ipsa bona vel maior eorum pars in prælegatis consumantur, & n.20. & n.21. ampliatur.*

22 *Destruitur Pauli de Castro declaratio ad regulam illam in n.1. supra positam & n.23.& 24.& 25.*

26 *Declaratur lex sub conditione, ff. de heredi. insti.*

28 *Diuersitas personarum impedit repetitionem qualitatis, etiā si adesset aliqua dictio repetitiua similiū.*

29 *Reprobatur consideratio quædam Imolæ in materia l. Auia. ff. de condi. & demonst.*

31 *Conditionis repetitio inducitur ex verosimili mente testatoris, n.31. non solum expressa sed & tacita, vt n.40.& 54.*

32 *Conditio repetita censetur in prælegato cohæredi facto, quoties maior pars in prælegato continetur.*

33 *Testatorem censendum est in minus quam possibile est velle heredem grauari, & n.34.& 35.& 36.*

37 *Conditionis repetitio facta censetur, quoties potest operari sine correctione.*

38 *Familiam conseruari cēsetur velle testatorem per nominis delationem habendam.*

39 *Persona extrinseca nunquam subintelligitur.*

41 *Dispositio quæ in vno tantum casu verificari potest, habetur pro expressa, ac si de illa in specie esset mentio facta.*

42 *Conditionis repetitio inducitur ex identitate rationis.*

43 *Voluntas testatoris debet sumi ex aliquibus in testamento expressis, vbi n. 44. Quæ sit sufficiens coniectura & quo modo consideretur.*

45 *Expressum dicitur id de quo si testator esset interrogatus idem respondisset.*

47 *Dilectus minus à testatore non debet præferri magis dilecto, & n.48.*

48 *Affectio testatoris cognoscitur ex ordine institutionis & substitutionis.*

51 *Conditionis repetitio ob absurdum vitandum inducenda est, & ob euitandam contrarietatem, vt ibi, n.52.& n.53. Ob æqualitatem seruandam.*

55 *Dictio, iam, denotat antiquarum conditionum vel verborum dispositionem, & nu.56. Quod est dictio completiua, & non reddit rem dubiam, n.57. quod denotat perfectionem actus & continuationem & n.58. Quod ad præcedentia se refert, & n. 59.& n. 60. Quod ex hoc censetur qualitas repetita.*

61 *Referens censetur inesse in relato cum omnibus ibidem relatis, & n.62.*

63 *Conditiones nouæ quando continent modificationem & limitationem rei relictæ, in relictisque non impediunt repetitionem.*

64 *Verbum, se buelua, intelligitur de re versa ad eum à quo erat ablata.*

65 *Institutio heredis & augmentum hereditatis eadem res & non duæ iudicantur, & n.66. ampliatur.*

67 *Dispositum in principali intelligitur dispositū in augmento, & n.69. Quod est eiusdem naturæ.*

68 *Actus secundarius regulatur à primario.*

70 *Prælegatum de maiori parte hereditatis factum censetur portio hereditaria.*

71 *Repudiatione hereditatis facta, quamuis in ea non adsit conditio, non possunt peti prælegata facta ex maiori parte hereditatis.*

72 *Prælegatum in dubio præsumitur capere maiorem partem hereditatis.*

73 *Institutionibus duabus stātibus, vna pura & alia conditionali,*

ditionali plenior & fauorabilior attendenda est, & in legatis nouissima expectatur conditio.

74 *Institutiones duæ, vna pura, & alia conditionalis, siue contraria, siue non, compatiuntur.*

75 *Legata duo se inuicem compatientia ambo valent & tenent.*

76 *Pacta nouissima si cum primis se compatiuntur, valent.*

77 *Testator quod semel prohibuit nunquam comprehenditur in quauis alia dispositione.*

78 *Filiorum appellatione non comprehenduntur filij, qui non apparent in testamento dilecti.*

79 *Causæ & causati idem est iudicium.*

80 *Consequens qui vult videtur & velle antecedens in vltimis voluntatibus: secus in contractibus.*

81 *Testamenti vna pars per aliam declaratur.*

82 *Dispositio ad extraneas personas non est referenda.*

83 *Declaratur l. cum vir. ff. de cond. & demonst.*

84 *Ratio idem disponit prout verba dispositiua.*

85 *Ratio eadem potest esse maior & minor.*

86 *In materia extensiua satis est quod militet eadem ratio decisionis, licet aliquo respectu minor sit ratio in extenso.*

87 *Fideicommissarius nihil capit de manu hæredis sed testatoris.*

88 *Fideicommissi vel maioratus bona nō possunt alienari ex causa voluntaria, sed ex necessaria, exclusis aliis bonis.*

89 *Emptio & venditio rei maioratus vel fideicommissi cum decreto iudicis facta ex falsa causa nulla est, vbi cum 3. sequentibus ampliatur.*

93 *Licentia Regia requiritur regulariter ad vendendum bona maioratus.*

AD secundum dubium in præcedente cōsil. propositum & in hoc consilio discutiendū, accedendo, in cuius determinationem pependerunt leges & Prophetæ, vt aiunt, & in Cancellaria Pinciana, vbi lis vertebatur, ab aula vna, ad aliam fuit eius determinatio remissa, clarissimum illud reddemus & iustitiam Gundisalui, veriorem esse fundauimus, prout tribus conformibus sentētiis fuit determinatum. Et dubiū fuit subtile, ac singulare, nū, scilicet, conditio nubendi dictos Gundisaluum, & Mariam de Almaraz cum pœna amissionis iuris ex parte inobedientis & accrescendi alteri, in prima clausula institutionis hæredum proposita censeatur repetita, in secunda & alia clausula augmenti hæreditatis, quod prælegatum vocatur, & huic & dubitationi, & litigans an præstitit ipsa D. Maria de Almaraz prælegataria in bonis vinculatis dictæ secundæ clausulæ, quæ cū deberet nubere secundum institutionē primæ clausulæ, cum dicto Gundisaluo, noluit, sed potius nupsit cum Balthasare, qui non erat vocatus, nec consanguineus testatoris, nec donnæ Mariæ de Almaraz.

Et præsupposito pro vero, ac indubitato, quod valuit dicta conditio nubendi dictos Gundisalum & Mariā de Almaraz apposita in prima clausula institutionis hæredum & pœna eius contra inobedientem, vt in præcedenti consilio probatum est late; intrepide asserendum est dictam cōditionem nubendi; & pœnam inobedienti impositam in institutionis clausula, circa bona libera censeri repetitas in secunda clausula augmēti, & sic prælegati circa bona vinculata eidem donnæ Mariæ facti & relicti, multis rationibus, & fundamentis sequentibus.

Et primo, quoniā firmissima regula est, quod † conditio apposita in institutione præcedente censetur repetita in prælegato eidem hæredi postea facto, vt est text. pulcherrimus *in l. fi. §. fin. ff. de doli excep. & ibi glos. in verb. voluntate*, vbi probatur quod † conditio apposita in institutione intelligitur repetita in legatis & fideicommissis, relictis eidem hæredi: & quod hæres repudiando hæreditatem & non adimplendo conditionem petit cōtra voluntatem defuncti, & sibi obstat exceptio doli: similiter est ad idē text. *in l. si Auia, 75. ff. de condi. & demonstrat. ibi (conditionem emancipationis repetitam videri placet, quamuis Auia, nullam in legatis, vt in hæreditate substitutionem fecisset)* vbi probatur quod conditio apposita in institutione intelligitur repetita in prælegato eidē facto, vt ibi summat Bar. ad idem est tex. *in l. cum seruus. 18. ff. de condi. insti. ibi, in legato videri repetitam cōditionem*, vbi Bart. sic summat, conditio adiecta in institutione videtur in legato repetita; & hanc conclusionē, quod quando † institutio conditionalis præcedit & subsequitur legatum, censeatur repetita conditio, & faciat legatum conditionale, tenet glos. *in l. filiumfam. 27. ver. peti, in prin. ver. vel hic primo, ff. quando dies leg. sed. Bar in l. placet. ff. de regul. Catoniana, & in dicta l. Auia, numer. 1. & Paulus ibi in prin. & n. 13. versic. alia limitatio, & Iaf. l. 3. §. filius inter medias, n. 7. ff de libe. & post. idem in repet. l. si is qui pro empt. num. 46. ff. de vsucap. idem Paul. Castr. consil. 410. vol. 1. n. 6. versi. aut quaretur an conditio posita in institutione, idem Paul. in l. cum resp. n. 1. C. de leg. versi. videtur etiam constare, si fuit apposita conditio in institutione, Bar. in l. Iulius Paul. 1. oppo. ff. de cond. & demonst. Roma. singu. 237. dico tibi vnum, & singul. 672. scis, quod conditio, Ruin. consil. 176 num. 9. & 13. vol. 2. Ludoui. Cato in subscript. ad cōs. Soc. Iun. 128. vol. 1. n. 242. Cephal. consi. 156. n. 12. vol. 1. Hieron. Zanch. in repet. l. hæredes mei, § cum ita ff. ad Trebel. 10. par n. 96. Tiraq. de retra. lignag. §. 1. gl. 14. n. 26. & post hac Manti. de coniect. vlt. vol. lib. 10 tit. 6. n 4. Parif consi. 18. vol. 3.* Cuma. *consi. 46.* qui in conditione nubendi sic asserit: Adeo, quod hæc communis & indubitata opinio iudicanda est, cum tot iura & tot Doctores, & tātos pro ea habeamus, idq; fortificatur ex cōmuni doctrina, quæ habet, quod sub † vniuersali institutione, prout nostra est, vel sub vniuersali primogenito, seu fideicommisso comprehendūtur portiones prælegatæ, *secundum Bart. & Doctores cōmuniter, in l. cum verum, C. de fidei. vbi Padi. n. 6. hanc dicit communē, & Mol de primoge. lib. 2. c. 10 n. 73. & Tibe. Dec. resp. 3. n. 31. vol. 1.* adeo, quod secundum Padi. *vbi sup. n. 7.* si dictio † vniuersalis adest, veniūt prælegata ētiam ante institutionē apposita, & cōstituta. Ampliantur itidē dicta, vt procedant, ēt si † aliæ clausulæ intermediæ inserātur, adhuc nō cēsetur facta de repetitio in prælegato, ex tex. *in d. l. fi. §. fi. ff. de doli mali excep.* dū ibi cōstituitur differētia in legatis in qb. cōditio † apposita in vno legato, nō cēsetur in alio

alio legato, eidem personę facto repetita, si clausulæ sunt intermediæ, inter vnum & alterum legatum: in institutione vero & prælegato, id non procedere ex illo §. fi. probatur, quem ad hoc allegauit Paul. Cast. *in d. l. Auia, n. 3.* vbi hanc constituit differentiam, & ita tenet etiam Ruin. *d. consil. 176. n. 9. & 13. vol. 2.* & Ludouic. Cat. *in d. subscrip. ad consil. 128. Soc. Iun. vol. 1. n. 242. & Sanchez in d. repet. l. heredes mei, §. cum ita, 10. par. n. 96.* & colligitur ex dictis Doctoribus & iuribus supra citatis, dum tantum ad repetitionem requirunt, quod præcedat hæredis institutio conditionalis & subsequatur le-8 gatum, secus tamē esset, si † præcederet legatum, & subsequeretur institutio cōditionalis: quia tūc conditio non censetur repetita in legato præcedente iuxta tex. *in l. filium fam. 27. ff. quando dies leg. cedat,* quem sic intelligit gl. *ibi, verb. peti in pri. ver. vel hic primo legauit,* & etiam Bart. sic summat d. l. & idem ita eam intelligit *in l. placet, de regul. Caton. & Paul. in d. l. Auia, Ias. in d. l. 3. §. inter medias, n. 7. de liber. & post. & in d. l. si is qui pro emptore, 46. & Ruin. d. col. 176. n. 13. vol. 2. Catus in d. 9. subscriptione, ad consil. Socin. Iun. 128. vol. 1. n. 241. Tiraq. de retra. lignag. §. 1 gloss.* 9 *14. n. 26. videndus etiam, n. 25.* eo † quod maioris est efficaciæ, præcedens clausula ad sequentia, quam è contra secundum dictos, & Cephalum *dicto consil. supra allegato,* & Matthæi Sila. *singul. 150. nota sin-*10 *gulare, & ibi additio.* Imo quamuis † dictio repetitiua non esset apposita in clausulis, intermediis & institutionis, ac prælegati, dicta fiet repetitio, *secundum Paul. dict. l. Auia, ex text. in l. duos, ff. de condi. & demonstr. quem ibi Paul. allegat, & iterum in consilio infra allegando.* Tertio ampliantur dicta, vt procedant, non solum, quando prælegatum non est fa-11 ctum in defectum institutionis. verum † etiam si in defectum eius fiat, vt probat tex. *in l. cum seruus, ff. de condi. instit.* cuius dispositionem in hoc extraneam vocat Paul. *in dict. l. Auia, num. 3.* Et cum prælegatum, vel vt proprius loquamur, augmentum hæreditatis non sit dictæ Mariæ factum in defectum institutionis, clarius procedit nostrum intentum, & clarissime, cū institutio conditionalis præcedat prælegatum, non vero è contra, quod est maximę efficaciæ, vt supra dictum remanet, & colligitur ex gloss. *in l. filium fami. ff. quando dies leg. cedat, & Paul. vbi supra, & Romanus singul. 672. incip. scis, quod conditio, qui sic loquitur.* Et aduertendum est ad per eum dicta, & ad Doctores sic loquentes, ne forte nos decipiant, & sic ipse Roma. ibi dicta iura nostra pro nobis allegat, sic ea declarando, & per consequens, non obstabunt nostro intentui & iustitiæ Gundisalui, præsertim cum & nos loquamur, quoties conditio est expresse apposita in institutione, non vero tacite, vt sic cesset obiectio, ex Romano ibidem collecta, constituentis 12 differentiam, an † tacite vel expresse, conditio apposita fuisset, vt duobus legatis eidem personæ factis, cōditionis repetitio induceretur, eo quod expressum tunc plus operatur, quam tacitum, vt in propositum nostrum inquit Tiraq. *in legibus connubialibus, gloss. 7. num. 65. cum sequentibus aliquibus,* & 13 *num. 81.* declarat, quod † tacitum, quoduc expressum dicatur, & per consequens regula dicta superius proposita & ampliata, quod conditio nubēdi apposita per testatorem hunc in clausula institutionis, censetur repetita in clausula augmenti hæreditarii, vel, vt aduersarij loquuntur, prælegati dictæ Mariæ cohæredi facti, est ita fortissimum fundamentum pro Gundisaluo, vt nihil dubij remaneat, ex parte sua ad obtinendam sententiam pro se, prout obtinuit tres conformes, vt dictum est. Neque supradictæ regulæ obstabit tex. *in l. Titia, ff. ad legem Falcidiam,* in qua pars aduersa fundamentum facit, & asserit, congrue illi responderi non posse. Probat enim ille tex. quod prælegata non veniunt in restitutione fideicommissi: ergo neque itidem veniet conditio in institutione apposita ad prælegata vni ex cohæredibus facta. Text. enim iste non solum non est contrarius intentioni nostræ, verum, & si bene perpendatur, facit pro nobis, attento secundo & vero intellectu, quem illi assignauimus, quippe, quia primo modo potest dict. l. Titia intelligi, in substitutione fideicommissaria, in qua quidem loquitur, vt patet ex ea, & ex dictis per Ias. *consilio fin. volumine quarto,* nos vero non sic loquimur, neque quando per viam substitutionis repetitio est facienda, sed loquimur in conditione apposita in institutione hæredum, an censeatur repetita augmento hæreditatis, vel, vt aduersarij breuius loquuntur, in prælegato, vni ex hæredibus facto, in alia clausula eiusdem testamenti, quæ quidem multum differunt, tam in nominibus, quam in substātia dispositionum: quoniam, vt infra dicemus, sic videmus, quod † conditio 14 posita in institutione, non censetur in substitutione repetita, præsertim cum in nostra materia, & proposito nihil à manu prælegatarii Gundisaluus capiat, sed à dispositione testatoris, quod secus est in restitutione fideicommissi: capitur enim de manu hæredis: & materia nostra est dictæ legis Auia, & similium, materia vero restitutionis fideicommissi, est † dicta l. Titia, & l. cum vi-15 rum, C. de fideicommis. & sic Bar. *in dict. l. cum virum, numer. secundo,* constituit differentiam inter l. sequens quæstio, de legat. 1. & dictam legem, cum virum, quod lex † sequens, quando loquitur in 16 donatione causa mortis, dict. l. cum virum in prælegatis, & sic in nostrum propositum potest constitui differentia inter dict. l. Auia, & dictam l. Titia. vt iure quidem, ex dict. l. Titia, argui non possit, contra dict. l. Auia. Vel secundo & melius dici potest, quod in † dict. l. Titia, ideo prælega-17 ta non veniūt in restitutione fideicommissi, quoniam sic voluit testator, iubendo, quod fideicommissarius detraheret quartam & nomine quartæ, & in quartam prædia prælegata imputaret, vt patet ex nostro textu ibi, vt hæreditatem retenta quarta parte secundæ & Proculæ restituerent, & ibi respondi Titium (qui Titius erat fideicommissarius grauatus restituere) legata integra retinere debere, sed in partem quartam importari oportere duodecimam partem prædiorum, &c. Ecce ergo quomodo ex voluntate testatoris prælegata capit ibi fideicommissarius grauatus restituere: ergo nihil contra nostrum

strum intentum, sed potius pro eo, considerando, quod si deficeret volūtas hæc testatoris, restitueret vtiq; fideicommissarius prælegatum, cum portione hæreditatis, sicut & in nostris iuribus, conditio apposita in institutione censetur in prælegato repetita. Neque obstat si quis dixerit, quod partem quam ibi capit Titius ille *in dict. l. Titia.* iure hæreditario non computat in quartam, & nihilominus non restituit, quia respondeo, id esse, 18 eo † quod in illa lege Titia, ex voluntate testatoris capit quartam hæres ipse, quo casu id, quod capitur iure hæreditario, non computatur totum in quartam, sicut computatur quoties contra voluntatem defuncti, vt ex dicta l. Titia probatur clarissime, ibi adnotantibus, Bart. Paul. & communiter Doctores, & gloss. *à cohærede in l. Nesennius, ff. ad legem Falcidiam, & gloss. magna, versic. cæterum, l. filius, quem, C. familiæ erciscundæ, & gloss. magna, versic. distingue, in dict. l. cum virum, & Bart. in dict. l. filius, & in l. in quartam, 6. oppositione, 1. partis, & ibi Ripa numero quadragesimo quinto, cum duobus sequentibus*, & Carolus Ruynus, hanc prout reperi eum allegatum, licet nondum vidi, hanc dicentem communem: & id quod plus remanet soluta quarta ex prælegatis, non restituit grauatus, quoniam quoties aliquid datur & legatur per testatorem in locum quartæ, etiam si sit magis quam quarta, non tenetur illud restituere, sed capit sibi, *ex textu expresso, in l. si filius quem habente, C. familiæ ercisc.* eo quod censetur testatorem velle, quod habeat totum, postquam ibidem prælegatum constituit, secundum Paul. optime. *in l. Marcellus, §. primo numer. 1. ff. ad Trebel.* sic loquendo in terminis dict. l. Titia, quæ sic intellecta, non est contra nostram partem: præsertim, quoniam licet verum esset, quod 19 † quando fideicommissum præcedat, & postea sequatur, prælegata ipsa non veniant in restitutione fideicommissi, *ex gloss. communiter approbata, in l. cum virum, C. de fideicommissis, & in l. Marcellus, §.* 20 *quidam liberis, ff. ad Trebell. per tex.* ibi, tamen † quando testator omnia bona, vel maiorem bonorum partem in prælegatis consumpsit, veniunt indistinctè in fideicommissi restitutionem: quoniam succedunt in locum portionis hæreditariæ. Quo casu, qualiacunque sint verba fideicommissi, prælegata in fideicommisso continentur, licet alias non veniret, *secundum Bartol. & Doctores in dict. §. quidam liberis, præcipue Alexan. numero secundo, & Bartol. l. quid ergo, la secunda, de legat. 1.* & hanc limitationem cum alijs relatis sequitur Ias. *in consilio centesimo septuagesimo quinto, columna secunda, volumine quarto.* & communiter testatur Dec. *consil. 254. num. 1.* vbi hoc 21 eleganter ostendit, quāuis † prælegata facta sint, vt de eis ad voluntatem suam prælegatarius faciat, & communiter etiam testatur gloss. *in l. fi. verbo, la herencia, tit. 5. parti. 6.* & Rolandus Valle. *consil. 34. n. 21. & 22. libr. 4.* In præsenti tamen partes fatentur de hæreditate parum superesse: ergo prælegata hæc veniunt cum hæreditate, tamquam pars eius, 22 & sic lex Titia, pro nobis facit. Non obstat † etiam nostræ communi regulæ, ac conclusioni dictæ legis Auia, & similium, dictum quoddam Pauli Castr. *in leg. Latinus Largus, numero secundo, de legat. secundo*, intelligentis supradictam regulam procedere, quotiescunque conditio est fauorabilis ei, cui apponitur, & relinquitur prælegatum, prout est illa conditio, si erit sui iuris, quoniam per eam efficitur, vt adquiratur sibi, *vt ibi, & in dict. l. Auia.* Hæc enim restrictio, & Pauli declaratio, vltra quod vera non est, vt pote, quia contraria generali dispositioni dict. l. Auia, & similium, & dict. l. fin. §. fin. ff. de doli except. expresse est contraria huic declarationi; ibi enim hæres, in dicto §. fin. institutus sub conditione, volebat omittere hæreditatem, vt saluam tutelæ actionem haberet, & volebat itidem agnoscere legatum sibi etiam relictum. Dubitatumque fuit, an posset, & respondet tex. contra voluntatem petere, & ideo exceptionem doli obstituram. In † quo quidem 23 responso, duo potissima considerari possunt, vt Pauli restrictio destruatur: Primo, quod conditio ibidem in institutione posita non erat fauorabilis hæredi, sed contraria potius, auferebat enim ei actionem tutelæ, proportione testatoris alterius prædefuncti hęredis; vt constat ex eodem textu, & nihilominus, ipsam conditionem, probat textus ille, censeri repetitam in prælegato postea eidem hęredi facto, quandoquidem inquit tex. ille contra voluntatem petere, si omittat hęreditatem & agnoscat legatum, vt saluam tutelę actionem haberet: igitur ibi est text. expressus, hoc modo considerætus, contra Pauli declarationem. Secundo contra Paulum, arguo sic: Testator apposuit in institutione conditionem hęredi etiam non fauorabilem ei; eadem igitur videtur mens in prælegato eidem hęredi facto, etiam si conditio non sit fauorabilis: quoniam eadem voluntas repetendi conditionem præsumitur durare in prælegato, quę in institutione: imo omni maioritate rationis, id videtur procedere, cum honorabilior sit titulus institutionis, quam legati. Igitur, si in eo quod maius est, & honorabilius, conditionem apposuit negatiue & prohibitiue, prohibendo habere hęreditatem si non adimpleret conditionem; ergo, & in minus honorabili, & sic in prælegato idem dicendum est. Tertio, Pauli † restrictio conuincitur, quia 24 ipse hoc fundamento probat suam restrictionem, scilicet, quod dict. l. Auia, & similes loquuntur in conditione, si erit sui iuris, & tamen idem Paulus in dicta l. Auia, inquit, in quacunque conditione idem esse: igitur Paulus ipse sibi contrarius est restrictioni illi, in dicta l. Latinus per eum propositę & supra relatę: item Paul. in eadem l. Latinus pro sua, sed non vera restrictione, allegat *l. sed et si sub conditione, ff. de hered. instituend.* quam non reperii, nisi *l. sub conditione, ff. de hæred. institut.* ex † qua desumit Paul. cōditionem non fauorabi- 25 lem instituto, non censeri repetitam in substitutione, si non expresse repetatur; quę quidem lex non obstat nostro proposito, & opinioni, ac regulæ supradictæ d. l. Auia, & similium, tum quod lex illa nihil distinguit de fauorabili, vel non fauorabili conditione, tum etiam, quia † illa lex 26 sub conditione, loquitur in quæstione, an conditio apposita in institutione, censeatur repetita in sub-

in substitutione, quod est diuersum à nostro proposito, in quo loquimur in conditione apposita in institutione & repetenda in augmento hæreditatis vni ex hæredibus relicto; quòd aduersa pars prælegatum vocat, quæ quidem multum inter se differunt, vt patet ex ratione ad l. illam sub conditione proposita, *per Ias. in l. licet Imperator, n. 43. de legat. 1.* & † quoniam regulare id est, vt non censeatur repetita conditio institutionis in substitutione, *vt patet ex Doctoribus in dict. l. sub conditione, & per Antonium Gom. tomo 1. capit. 12. nu. 37. & 80.* eo † quod diuersitas personarum, impedit repetitionem qualitatis, etiam si adesset dictio aliqua repetitiua, *secundum Soci. Iuni. consil. 78. nu. 17. & 18. volu. 3.* quod secus in nostro casu, vbi non agimus de diuersitate personarum sed cum eademmet persona, & in institutione & prælegato, & ideo nimirum si dicta differentia iustè constituta sit. Item, quia conditio nubendi hæredes inter se, fauorabilis est vnicuique, & sic prolatum est ipsam Mariam si Gundisaluo cohæredi nuberet, fauore eius Mariæ erat, eo quod Gundisaluus erat nobilis, item, & acquirebat prælegatum hoc, & si nihil obest Gundisaluo dicta Pauli Castrensis districtio, sicut neque obest consideratio Imolæ *in d. l. Auia in fine;* dum ipsam legem Auia, restringere vult, vt procedat, quoties conditio est apposita hęredi vniuersali, secus si vni ex cohæredibus; nam † id est expresse contra tex. *in d. l. fi. §. fi. ff. de doli excep.* vbi filia sub conditione instituta cohæredes habebat, & nihilominus ibi probatur nostra conclusio: ergo tex. ille contra Imolam est expressus, & sic eius opinio reijcienda est, imò & glos. *d. l. cũ seruum,* & ibi Paul *ff. de condi. instit.* inquiunt, tunc † in prælegato censeri repetitam conditionẽ in institutione appositam quoties prælegatarius institut⁹ fuit hæres cum alio, sicut in proposito nostro cõtingit, & ex nostra & denominatione verbi, prælegatum, sic decerpitur. Item, quia dato, sed non concesso, quòd declaratio Imolæ esset vera, ipsemet Imola restrictionem suam & declarationem procedere inquit, nisi ex coniectura ta mente disponentis aliud appareat, quod & refert ac sequitur Angel. de Gambellio. *in tractatu de testamentis, glos. 58. n. 9. & 10. volu. 7. tracta. Doctorum,* imò id † quidem generale est, vt ex verosimili mente testatoris inducatur conditionis repetitio, *prout affirmat Paul. Cast. consi. 410. n. 6. vol. 1. & Benedictus Capra. consi. 6. n. 8. 9. & 11. & Moli. plures referens de primogeniis Hispan. lib. 1. c. 6. n. 25. Ant. Rub. consi. 8. per totum. Socin. Iunio. consi. 144. n. 19. vol. 3. & Burg. de Paz, cõsi. 2. n. 77. cum duobus sequentib. li. 1.* Quas coniecturas in præsenti referam, eò quòd multæ ex eis in præsenti nostro casu verificantur.

27

28

29

30

31

Primaq; harum coniecturarum est, quoties si prælegatum purum remaneret, neque in eo intelligeretur † repetitam esse conditionem institutionis, cohæres alius remaneret absq; bonis pręter legitimam iure sibi debitam; putà, quia prælegatario cohæredi omnia bona vel maiorem partem eorum testator prælegatet, & sic alter hæres pauca reciperet, prout colligitur ex traditis per Corneum, *consi. 105. litera H. & sequentibus, lib. 2.* prout in proposito id esse factum, omnes partes affirmarunt, & sic intelligens dicta D. Maria repudiauit hæreditatem, & acceptauit prælegatum, quod facere non potuit, quoniam contra voluntatem petiit, ac proinde obstat ei exceptio doli, *ex d. l. fin. §. fi. ff. de doli excep.* qui est textus expressus contra prædictam cautelam, qua ipsa Maria vsa est repudiando hęreditatem & acceptando pręlegatum, & † testator in dubio in minus quam possibile est, censetur velle grauare hæredem secundum Aymon. Crauettã, *consil. 32. n. 3.* vbi ampliat, etiam si aliàs legatum sit inualidum, *vt per eundem Aymon. consi. 149. n. 15. & consi. 167. n. 14. & consi. 187. n. 3.* & pro hac etiam prima coniectura faciunt ad ducta per Capram, *vbi supra numero 6.* dicentem, quod legatorum quantitas magna relicta per partem in testamento, facit censeri, quod conditio, si sine liberis decesserit, posita in principio testamenti, censeatur in sequentibus repetita, & hac † de causa etiam vbi aliàs repetitio conditionis non esset facienda, fieri deberet, quoties omnia bona, vel maior pars eorum in prælegato confirmaretur, *secundum Socin. Iunior. dict. consi. 144. n. 44. volu. 3. & Boerium decisione 280. n. 8.* & hac † eadem ratione prælegata veniunt in restitutione fideicommissi, quamuis aliàs non venirent, *ex textu singul. & vnico in l. quid ergo, la 2. de lega. 1. vt ibi Bart. notat, & idem Bart. & alij relati per Manticam de coniecturis vltim. volunt. lib. 7. cap. 7. nu. 9 & Cephalus consi. 259. n. 6. & 56. Tiberius Decianus responso 3. n. 32. volum. 1. & Deci. consi. 254. colum. 2. vbi hanc communem testatur opinionem, & Gregor. Lopez in l. si verbo, la herencia, tit. 5. part. 6. & Roland. Valle. consi. 34. n. 21. & 22. lib. 4. sequitur Aymon in repetitione Rubrica de legat. 1. n. 29. & n. 2. ampliat, Decius in dicto consi. 254.* etiam † si libera voluntas disponendi de prælegatis legatario relinquetetur per testatorem ipsum. Et hæc pro prima coniectura, præsertim cum hic apud primos institutos fuerint dicta prælegata. Neque hic tractemus de fideicommisso, sed de amissione, ratione non impletæ voluntatis, quo casu cessant dicta per Cephalum *vbi sup. n. 58. cum 6. sequentibus.*

33

34

35

36

Secunda coniectura est, † quoties prælegatum & secundum relictum eidem personæ factum potest aliquid operari absque correctione, *vt per Corneum, vbi sup. litera E. & Parisium consil. 2. n. 46. volum. 4.* in proposito vero exprimitur in legato, quod in institutione non erat expressum, neque prouisũ scilicet, de filiis hæredum: item, de vinculo & aliis, neque per repetitionẽ inducitur correctio: ergo censetur repetita conditio, præsertim cum plenius sit prælegatum, eo quod præcipuum relinquitur Mariæ, institutio vero ei, & Gundisaluo; contrahentibus inuicem matrimonium.

37

Tertia vero est coniectura, quoniam cum in clausula institutionis hæredis, testator maritum prouiserit dictæ Dominæ Mariæ de Almaraz; videlicet dictum Gundisaluum, & Gundisaluo nolente, prouidit ei alterum maritum, qui esse deberet consobrinus testatoris, & de familia; de los Almarazes, vt eorum familia conseruaretur, & ibi, *que se llamen de Almaraz* quibus † verbis censetur, velle testatorem familiam conseruandã,

38

vt probatur *ex tex.in l.cum filiusfam. §.pater,de leg. 2. ibi,nepoti meo plus tribuas in honorem nominis mei, & ex tex.in l.fi.ff.de oper.pub.ibi,nominis proprij tit. scribendo. Est etiam tex.in l.vxorem, ff. de manumißis testamento, ibi,nomen patris vocatus, & in l.filia, §.Titia, ibi,nomen imposuit,de cond.& demonstr.* & in clausula prælegati dictæ D. Mariæ facti,inquit testator,quòd filius eius maior hæredet contenta in dicta clausula prælegati,& deficiente filio masculo,filia, dum tamē nubat cum propinquiori suo consanguineo, & sic semper testator habuit respectum ad conditionem in institutione appositam,idque tribus modis: Primo, præsupposita dicta conditione quòd dicta Maria nuberet cum dicto Gundisaluo ibidem signato, ita vt de isto matrimonio voluntati suæ conformi sensit testator in dicta clausula præ voluntate: nam † persona extrinseca nunquā subintelligitur, *vt est tex.in l.si ita stipulatus,la magna, §.Chrysogonus,ff.de verborum obligat.* & sic filii,de quibus testator intellexit,in dicta clausula legati, fuerunt procreādi ab ipsis Gundisaluo & Maria, prout in clausula institutionis visum erat, eos inuicē nubere. Secundo,quia testator prouisit in clausula prælegati,quod si non haberēt filios masculos sed filiam; filia hęc,vt bona prælegati habere posset, nuberet cum propinquiori consanguineo ex dicta familia de Almaraz, de qua erat ipse testator, vt constat,ibi, *que lo aya el mayor propinquo mio*, quo attento, non solum in dicta clausula testator voluit,repetitā esse donationem nubendi in institutione appositā,iubendo filio dicti matrimonij succedere in bonis illis,verū & simul adiecta dicta vocatione filiæ in masculi defectū confirmauit& ratificauit dictā cōditionē, quandoquidē testator nō se contentū ostendit, quod matrimoniū adimpleretur inter Gundisaluum & Mariam, verum etiam voluit,quod eorum filia, vt posset dicta hęredare bona, esset sub conditione,vt & ipsa teneretur nubere viro ex familia ipsius testatoris,&sic non solum voluit repetere dictam conditionem in prælegato,verum & confirmare eam, & declarare, voluntatem hanc suam esse ex geminatiuis verbis per eum prolatis, *argumento tex.in l.1.ff.de ædili. edicto,col 2.versic.sed secundum,ibi,tollendæ dubitationis gratia*, bis id dixisse,ne qua dubitatio superesset cum aliis: quando † autem ex voluntate non solum expressa, vt in nostro casu, sed etiam præsumpta colligitur voluisse facere repetitionem,fit repetitio etiam de legato ad legatum, & etiam in aliis casibus non intelligeretur facta, secundum Bart. *in l.Seia §.Caio,de fundo instr.vbi pro hoc allegat l. Iulius Paul.& in l cum seruum,ff.de condit. & demonst.& idem firmat Alex.consil.47.n.3.vol.5.* & Aymon Crauetta, *inter decisiones Pedemontanas, in quodam Respons. numero 11. fol.* 220. vbi plures refert, quod in repetitione facienda est obseruanda præcipue mens disponentis,etiam contra regulas iuris ad repetitionem pertinentes, quibus addendus est Decius *consil.*480.*n.*4.*&* 5.*&* Molin.*lib.1.de primogen.c.6.n.25.* plures referens: maxime,cum id expresse voluerit testator in præsenti. Tertio id etiā apparet expresse, quoniam in dicta prælegati clausula refert se ad conditionem nubendi in clausula institutionis apposita,& ad conditionem, quod vocatur de Almaraz,dum dicit *(que lo aya el mas propinquo mio con las condiciones ya dichas)* Postquā enim iussit testator,quod filia dictorum Gundisalui & Mariæ hęredum nubere deberet cum homine dictæ familiæ,de los Almarazes, vt iam dictum est, inquit ipse testator,quod sic etiam filia defecerit, quod dictum prælegatum deueniat & in eo succedat propinquior consanguineus testatoris, & addit, *con las conditiones ya dichas*, & in d.clausula nullæ aliæ adsunt conditiones,in quibus hæc verba verificari possint,eo quod in ea non iubet neque disponit,quod filius habit⁹ ex dicto matrimonio Gundisalui&D.Mariæ de Alma. nubere deberet cum propinquo testatoris,sed tantū dicit in institutionis clausula,quod obediens dictæ conditioni nubat,si masculus fuerit,cum sobrina testatoris, & si fœmina cum sobrino testatoris, & quod vocentur de Almaraz,& ad hanc conditionē visum est testatorem se referre, in dicta clausula, quandoquidem ad alias referri non potest, quam insertas in dicta institutione,& per consequēs debent haberi pro expressis: nam † dispositio, quę in vno tantum casu verificari potest,habetur pro certa,ac si de illa in specie & nominatim mentio facta esset, *vt l.fund⁹,qui locatus,24.ff.de fund.inst.Ceph. consil.95.n.28.* præsertim attentis verbis illis, *con las condiciones ya dichas*, vt sup.in 8. coniectura latius ponderabimus.

41

Quarta itidē coniectura ex supra dictis decerpitur,quandoquidē identitas rationis repetendi antecedentis in sequenti subest,quo † casu inducitur repetitio conditionis, vt bene considerauit Baldus *consil.153.n.2.vol.5.* & quod sit eadem ratio, ex supra proxima patet coniectura.

42

Quinta est etiam coniectura,scilicet, quoniā † cum voluntas coniecturata testatoris debeat sumi ex aliquibus in testamento expressis, *vt inquit Socin.Iunior consi.141.n.22.vol.2.& in consi.197.n.33. vol.1.* & arbitrio boni viri (hoc est iudicis) relinquitur, quæ † sit sufficiens coniectura, qui quidem iudex ex personis, causisque constituet eam, *secundū eundē Socin.Iunior.dicto consi.141.n.22.* Et in institutione voluit hos cohæredes in simul nubere,& insuper voluit bona sua in familia conseruari, vt dictum est,& probatur ex late dictis per Molinam *de primogeniis,lib primo,cap.5.n.* 4. *& lib. 2.cap.14.n.5. & sequentibus.* Ergo hæc est clara coniectura repetitionis in prælegato, vt apparet ex Socin. *dicto consi.141.n.26.& consi.4.n.5.vol.3.* Et hac de causa,ne familia periret, iussit filiam Mariæ cum propinquo testatoris nubere debere, vt bona prælegati adquireret,& ex vna particula testamenti alia declaratur, neque est censendum, testatorem velle mutare suam voluntatem.

43 44

Sexta, & non minus singularis coniectura desumitur à iure ad inducendam repetitionem, scilicet, quod † si testator de hoc fuisset interrogatus, idem respondisset, quo casu pro expresso habetur, *secundum gloss. fin. in fine, vbique approbatam,in l. tale pactum §. fin.ff.de pactis.notat Marian Socin. vbi supra, nu.26.* Idque ex supradictis sumitur, & quoad inuocatur; nam † minus à testatore dilectus

45 46

(margin: 39, 40)

dilectus non debet præferri magis dilecto, *contra leg. Publius, §. fin. & ibi notant Doctores, ff. de condi. & demonst.* & ex † ordine institutionis & substitutionis cognoscitur affectio testatoris, *ex dicta leg. Publius, §. 1. & ibi Doctores, & Socin. Iunior consilio 151. numero 8. volu. 2. l. quoties, ff. de vsufruct. tit. generati*, quæ consideratio sumitur ex eodem Socin. *dicto consil. 141. n. 17.* Non enim † debet esse melioris conditionis minus dilectus, quã magis dilectus, vt euitetur omnino absurdum, *secundum Ruinum, consilio 51. n. 10. volu. 3.* Sed in institutione primo nominatus est Gundisaluus primoque † nominatus censetur magis dilectus, *l. Publius, ff. de condition. & demonst. l. si viua matre, C. de bonis mater. optime per Mascardum, tomo 1. de probat. conclusione 67.* Itẽ & Gundisaluus erat propinquior testatoris, ad cuius vtilitatem censetur testatorem habuisse maiorem affectionem timo, & † ad propinquiorem censetur totam affectionem direxisse, *ex textu in §. si plures, institut. de legit. agn. success. leg. 3. §. si duo, ff. de leg. tutoribus, leg. hæredes mei. §. fin. ff. ad Trebell. notat Deci. consilio 1. num. 5.* Igitur absurdum esset dicere quod proximior & dilectior, qui est Gundisalu⁹, volensque implere conditionem, remaneret illusus, & inobediens, & minus dilectus; & remotior, prout est Maria, remaneret cum meliori bonorũ parte, si repetitio conditionis non esset facienda, prout in simili arguit Socin. Iunior, *consi. 144. nu. 30. & 31. vol. 3.* vbi *n. 16.* inquit, ob † euitandũ absurdum repetendam esse conditionem, præsertim vbi nisi repetitio fieret, proximior esset deterioris conditionis, quam remotior, *secundum Curt. Iunio. consil. 114. n. 19. & Gratum consi. 111. n. 24. cum sequenti. l. 2. Ruinum consi. 124. n. 4. l. 3.* Item, quia si repetitio hæc non esset facienda, faciliter voluntas testatoris inutilis redderetur, repudiando hæreditatem, & acceptando prælegatum, & contrarietas resultaret in testamento, etiam quod dum voluit testator in ijs bonis prælegati familiam suã conseruare, contracto matrimonio inter Gundisaluum & Mariam, & propinquos suos, sola ipsa Maria sibi haberet nubendo extra familiam testatoris, & sic quod vna via dispositum erat, alia subterfugiis & cautelis periret, & † ad euitandam cautelã, repetitio est facienda, *vt inquit Socin. Iunior dicto consi. 144. n. 17.* Et quis dubitat, quin si testator esset interrogatus, an vellet, quod Maria posset acceptare prælegati bona & repudiare hæreditatem nubendo etiam alij, quam Gundisaluo: respõderet vtique nolle, sed quod repetitio conditionis fieret, & sic pro expressa est habenda.

Septima etiam datur coniectura, scilicet, ratione æqualitatis seruandę, ratione † cuius censendũ est repetitionem velle fieri testatorem, secundum Aretin. *consi. 1. prope finem*, quem refert & sequitur Maria. & Socin. Iunior. *consi. 71. n. 7. vol. 3. & Ruynus consili. 133. n. 20. volu. 2.* vbi, quod conditio apposita in persona vnius filij censetur in persona alterius repetita, ex dicta pręsumptione æqualitatis seruandę, inter eos: ergo à fortiori in persona vnius & eiusdem, & sic † suadente verisimili testatoris mente conditio apposita in vno capite, censetur in alio repetita, secundum Oldradum, *consi. 141. n. 2. Socin. Iunio. consi. 77. n. 10. & sequentibus. volu. 3.* vbi allegat etiam Roman. *consil. 480. incipit, in casu proposita consultationis n.* 8. dicentem idem, quando nulla ratio adest, quare magis ad vnum, quam ad alium casum referri debeat, prout ibi non adest, sed poti⁹ militat ratio æqualitatis, cum ambo isti, Gundisaluus, scilicet, & Maria sint instituti hæredes in eadem clausula, & iussum, vt ambo inter se contrahant matrimonium, & qui eos æquales fecit, & in bonis etiã censetur velle æquales fieri.

Octaua & finalis coniectura est, quæ potius expressa dispositio vocari potest, scilicet, hæc quæ colligitur ex verbis constitutis in fine clausulæ prælegati, ibi, *Si no viuiere ninguna hija, es mi voluntad, que lo aya el mas propinquo mio, con las condiciones ya dichas*, ponderando ex vna parte dictionem illam, vel potius † aduerbium, *ya*, Latine, *iam*, quæ quidẽ denotat antiquarum conditionum appositionẽ, multo antea præcedentiũ, videlicet in institutione hæredũ, quemadmodum de dictione, *olim, & dudum*, dici solet, & sic † dictio, *iam*, est dictio completiua, & non reddit rem dubiam, *secundum Bald. in l. fin. n. 34. in fine, Codic. de edicto Diui Adri. tollen.* & significat tria tempora; pręsens, scilicet, pręteritũ, & futurum, *vt per Bald. l. 1. §. hoc autem. colu. 1. de noui operis nuntia.* & sic in pręsenti significat conditiones iam præteritas in institutione appositas, & pręsentes nominationes in clausula prælegati deductas, vt in futurum obseruentur, & sic inquit Baldus *in l. Celsus. ff. de vsucapio. & in leg. 1. ff. de aqua quoti. & æstiua.* & est textus *in 1. consti. Codic. versiculo, omnem iam constitutionem, ibi Cynus*, & alii, quod † hæc dictio, *iam*, denotat perfectionẽ actus, & continuationem, vt & in passione Dominica, cum iam sero factum esset, & sic quod testator in præsenti actum cæptum in institutione, perficere voluit in prælegato, & continuare ibidem disposita, ponderando etiam ex altera parte dictionem illã, *dichas*, quæ quidem † dictio significat, ante dicta, & supra dicta, vnde ad præcedentia se refert, *secundum Bartolum, leg. 1. §. antepenul. n. 2. ff. de postulan.* tendit enim ad confirmationem prædictorum, *secundum Deci. consilio 195. colu. 3. & eos, referendo Socin. Iunior. consi. 144. nu. 37. volu. 3.* præsertim iuncta dictione illa, *iam*, ita quod dictiones hæ, *ya dichas*, quasi si supra scriptas diceret testator, referuntur non solum ad ea, quæ in proximo præcedente capitulo continerentur, sed & etiam ad alia si commode potest, prout hic commodissime referũtur ad conditiones in institutione appositas. Ita notat Bar. *in dicto § antepe.* & Deci. *con. 377. n. 5.* vbi, quod † verba secundũ ordinẽ supradictũ, faciũt repetitionẽ verborũ omniũ quę sup. dicta sunt, *vt & per Par. con. 1. n. 129. con. 2. & con. 18. n. 8. & con. 71. n. 7. lib. 3. Goza. con. 57. n. 16. Deci. con. 182. n. 3. & 4. & con. 227. n. 3. & Bar. Socin. con. 24. n. 14. vol. 1.* & ideo † ex natura horũ verborũ, *ya dichas*, qualitas masculinitatis in prima substitutione apposita cẽsetur in sequẽte repetita, *secundum Curti. Iuni. consi 155. n. 21. & Gabriel. in lib. 3. communium opinionum suarum, titu. de testament. conclusio. 10. nume. 14. & iterum, in libr. 6. titu. de verborum significa. conclusio. 6. numero 112. cum sequen.* Cumque ad præcedentes conditiones se referat

referat testator in prælegati clausula, est perinde, ac si omnes eas repeteret cum suis qualitatibus, vt vltra dictos inquit Roland. *consi.34. nume.31. & 32. libr. 4.* hanc communem dicens: nam † in scriptura referente dicitur contineri, quicquid continetur in scriptura, vel clausula ad quam fit relatio, *ex leg. asse toto, ff. de hæred. instit. Bart. l.1. ff. de recep. & l. si quis seruum, §. fin. nu.5. de lega.2. Abb. consilio 28. n.3 lib.1. & consilio 4. libro 2. Siluan. consilio 68. nu. 5. lib. 2. Decius consil. 45. nu. 4.* & † relatiuum debet intelligi respectu substantiæ actus & omnium eius qualitatum, *l. de filio, §. testator, ff. de alimen. & ciba. leg. Aymon consilio 47. nume. 4.* & sic solet dici, quod tanta est vis in termino referente, quanta in eo ad quam fit relatio, *ex dicta leg. asse toto, & l. si prior, ff. soluto matrim.* Ex quibus resultat clara voluntas testatoris, repetendi conditiones appositas in clausula institutionis ad clausulam prælegati, item, & nominationes, & vocationes factas in dicta secunda clausula prælegati, non alterare conditionem nubendi Gundisaluum & Mariam in institutionis clausula appositã, sed potius eam confirmare, approbare, & validare, cum tendant ad implementum & executionem dictæ conditionis, ad quam semper testator respectum habuit, & in hoc casu vocationes dictæ non vocantur nouæ conditionis, præsertim cum onus non contineant, sed limitationem & moderationem, relictorum, vt est in nostro casu, & dispositione, vbi in relictis adimpleta conditione matrimonii, iubet testator illa habere filium maiorem suum, vt in terminis tradit Decius *consilio 189. aliàs 190. nume. 4. versiculo, non obstat, quod in secunda donatione,* vbi tenet, quando † nouæ conditiones continent modificationem limitationem rei relictæ in legatis, non impeditur repetitio, præsertim, quod hæ clausulæ, de quarum agimus intellectu, non possunt vocari clausulæ institutionis, & prælegati, sed potius institutionis hæreditatis, & eius augmentum, quoniam cum in institutone testator instituerit hæredes dictos Gundisaluum & Mariam æqualibus portionibus sub conditione dicta nubendi, per clausulam secundam, augmentauit partem hæreditariam dictæ Mariæ in rebus contentis in ea, & sic fecit eos hæredes in æqualibus portionibus, prout multoties fit, *vt in §. & si ex disparibus, insti. de pupil. cum aliis,* Et quod ita sit, patet, ex tota clausula augmenti huius ab aduersa parte prelegatum nuncupati, & præcipue, ibi, *estas quatro piecas quiero y es mi voluntad las herede mi sobrina, & iterum, ibi, y que assi herede su hijo mayor.* vbi testator semper vsus est dictis verbis, *herede,* quæ proprie ad titulum præcedentis institutionis referuntur, cum hęres dicatur ab hæreditate, *iuxta textum in leg. si Titius ex parte, 94. de legat. 3.* Maximè referendo dicta verba, *herede,* ad eandemmet personam, iam pro hęrede institutam. Preterea, quod hoc sit augmentum hęreditatis, clarius constat ex dicta clausula, ibi, *se bueluan à mi sobrina Donna Maria, de Almaraz con la dicha mi casa,* vbi inquit, quòd de certis ex dictis rebus contentis in dicta clausula gaudeat testatoris vxor dum viueret, & ea mortua, redeant ad dictam D. Mariam de Almaraz, & sic clarissime constat eas tanquam hæredem percepisse; aliter enim non vteretur testator verbis illis, *se bueluan,* quæ ad alium, quam hæredem non possunt referri; quandoquidem ea vxor testatoris recipere debeat à dicta Donna Maria, tanquam ab hærede; postea mortua testatoris ipsius vxore, ad ipsam Donnam Mariam reuersuræ erant, vt ad hæredem: nam legatarius non potest propria authoritate capere rem legatam, sed à manu hæredis; *leg. non est dubium, Codic. de leg.* & † verbo *se buelua,* quod significet de re habita antea ab illo, ad quem est reuersa, est textus *in leg. si vnquam, verbo, reuertatur, Codic. de reuo. dona.* ex quibus decerpitur clarissime, relicta in secunda prælegati clausula esse potius augmentum portionis hæreditariæ, & non prælegatum. Institutio † autem hæredis, & augmentum hæreditatis eidem factum, vna & eadem res iudicatur, non autem duæ, *iuxta textum in leg. 4. ff. de iure dot. ibi: Incrementum videtur dotis, non alia dos, quemadmodum si quid alluuione accessisset,* & ad idem est textus *in leg. inter socerum 26. §. cum inter, ff. de pact. dotali. ibi, nec separabitur portio dotis additamenti, causa data,* vbi probatur, quod † ad eoaugmentum est vnum, & idem cum primo, quod non potest separari vnum ab altero, & ibi glos. verbo *separatur,* plura adducit, vnde † dispositum in principali, intelligitur etiam in augmento dispositum, *vt in leg. etiam 8. C. de iure doti. ibi, vt etiam id quod additamenti causa in dotem datum est, eadem ratione repetatur.* Vnde dicebat Bald. ibi, quod † actus secundarius regulatur à primitiuo, & in terminis, quod † augmentum est eiusdem naturæ, cuius est alia portio hæreditatis, cui accrescit, tradit Iason *in l. cum filiosfamil. n. 39. fol. 39. de legat. primo.* Si igitur vnum & idem est institutio, & augmentum institutionis ex supradictis, non solum censetur repetita conditio adiecta institutioni in augmento, sed vere, & proprie inest ipsi augmento, quemadmodum inest institutioni, cum sit vnum, & idem, non diuersæ, neque separatæ res; augmentum enim, vt ex dictis patet, est vnum & idem cum principali, cui adijcitur & eiusdem qualitatis & naturæ, & consequenter non potest diuidi hæreditatis aditio, ita, vt augmentum acceptetur, augmentatum vero repudietur; non enim potest hæreditatis aditio diuidi, neque fieri pro parte, *iuxta l.1. & 2. ff. de acquir. hæred.* & subdit l. 2. hæc verba: Sed si quis ex pluribus partibus in eiusdem hæreditate institutus sit, non potest, quasdam partes repudiare, & quasdam agnoscere: & dato sine veritatis præiudicio, quod augmentum hoc esset & † dici posset prælegatum, quoties de maiori parte hæreditatis, vt hic est, habetur proportione hæreditaria, vt probatur *in l. quid ergo 29. in finalibus verbis, de leg. 3. ibi, voluntatis ratione legatorũ actio denegabitur ei, qui non agnouit hæreditatem,* tradit optime Ias. *in l. filio pater, nu. 27. de legat.* vbi ex aliis, ait, huiusmodi prælegata maioris partis hęreditatis haberi pro portione hæreditaria, & idẽ tenet optime Natta *in additio. 3. ad consil. 38. Alex. in vol. 1. vbi plures refert tenentes hanc opinionem, qui omnino est videndus, & Ruinus, consil.*

consil.152.n.6.ad medium,versi. quinimo, volu.3. vbi dicit communem, prout asserit Deci.consil.153.n.1. versic.& vlterius,Boerius in decis.207.ante n.9.& melius Aymon Craue.in rubr.de leg.1.n.29.fol.260.&sic tex.in dicta *l.* 71 *quid ergo* est expressus in nostro casu, quod facta † repudiatione hæreditatis, quamuis in ea nō adsit conditio, non possunt peti prælegata maioris partis hæreditatis, quia tunc habentur pro portione hæreditaria, quod & ibi notat gloss. verbo *bona*, cuius verba sunt: Diuiserit, scilicet, non omnia, sed maiorem partem, alia bona indiuisa reliquit; & alia gloss. sequens, verbo, *voluntatis*, cuius verba sunt voluntatis præsumptæ, cum enim pater inter eos diuiserit omnia bona vel maiorem partem eorum, verosimile est, non aliter velle eos habere assignata, nisi essent hæredes, *ex textu in dict. l. quid ergo.* Ita interpretatur aliis relatis Padilla *in l. cum virum, nume.4. C.de fideicom.* & 72 est singularis tex.in materia, & in † dubio præsumitur, quod prælegatum capiat maiorem partem hæreditatis, *Ruin.consi.116.col.4.volu.2.Zanchus in dicto §.cum ita,l.heredes mei,ff.ad Trebellia.5.parte nu. 82.* Ex quibus omnibus clarissimam apparet esse iustitiam Gundisalui.

Quibus, vt nihil intactum relinquamus, non obstat tex.*in l.si te solum,ff. de heredib. instituend. & l.si* 73 *ita scriptum,67.eodem tit.* vbi probatur, quod † in duabus institutionibus, vna pura, & altera conditionali, plenior & fauorabilior hęredi attendenda est, & in legatis nouissimam conditionem expectari, dicit tex.*in l.quod traditum est,cum sequentib. ff.de conditionib. & demonstratio.* Respondeo enim, Primo, quod dicta lex, *si te solum*, & similes, loquūtur cum vnus tantū est hæres institutus, non verò quoties alius cohæres datus est, prout in nostro casu, duo adsunt hæredes instituti; tunc enim dictæ leges contrariæ non procedunt, *secundum gloss. in eadē l. si te solum.* Vel secundo respondeo, quod textus ille loquitur in duabus institutionibus, prima conditionali, & secunda pura; nos vero non loquimur sic, sed tantum in vna institutione & in augmento eius, & per consequens non sumus in materia dictæ *l.si te solum*, sed in materia dictę *l. A-* 74 *uia* & similiū. Et ratio differentiæ est: nam † duę institutiones, vna pura & altera cōditionalis, vt contrariæ, sese nō compatiūtur, ideo nimirū, si vna earū debeat pręualere; vna vero institutio & augmētū ei⁹ vnū & idē sunt, vt dictū remanet, neque inuicē sunt contrariæ, & sic dicta *l.si te solū*, & similes, nihil nobis obstāt, neque per consequēs dicta *l.quod* 75 *traditū est*: nam duo † legata sese compatientia ambo valerent, neque vnū per aliud tolleretur, quēadmodū & in terminis *l.pacta nouissima.C. de pactis,* 76 quæ in contractibus loquitur, si † pacta nouissima cum primis se compatiuntur, vtraque valebunt, neque censendū est partes primis velle derogare, nisi id sit expressum, *secundū Deci.consi.195.n.3.* Neque minus obstabit Gundisaluo & eius iustitię, id quod pars aduersa nouissime allegabat, dicens, quod in clausula prælegati, testator specialiter atque expresse, vocauit filios, & descendentes dictæ Mariæ de Almaraz. Ex quo videtur, quod cum filiis ijs non sit apposita conditio ipsorū matri iuncta, neque filij ipsi fuerūt vocati ad hęreditatē in institutionis clausula, neque in aliquo contrauenerint voluntati testatoris, non videtur iustum excludere eos à bonis prælegati: Quoniam huic obiectioni respondeo primo, quod filij ij dictæ Mariæ nō sunt illi, quos testator in prælegati clausula vocauit: quoniā cum primo testator in clausula institutionis ipsi Mariæ apposuerit conditionem, & grauamen nubendi cum dicto Gundisaluo, & hoc iusserit testator antequam tractasset de dicto pręlegato, & de filiis ac descendentibus Mariæ, necessario est intelligendū, quod quando in dicta pręlegati clausula de filiis his, ac descendentibus mentionem fecit, de filiis matrimonij inter dictos Gundisaluum & Mariam contrahendi sensisse, nō vero de filiis alteri⁹ matrimonii, eo enim ipso quod testator dictum matrimoniū amauit, odio habuit, & prohibuit quodcunque aliud ab eadē Maria contractū, *vt inquit tex. l.cum ita legatū sit,ff. de condi. & demonstr.* Quę Titio nubere iubetur, alteris omnibus nubere prohibetur, & † 77 quod semel testator prohibuit, nunquā comprehenditur in quauis generali dispositione, vt singulariter probatur *in l.Luci.Titi⁹.90.§.Luci⁹ damā.de legat.2.* Ex quo in terminis dixit Curtius Senior *consi.* 40. quod † appellatione filiorū non comprehen- 78 duntur filij, qui non apparent in testamento dilecti, quem refert Burgos de Paz *in quæstionibus suis, quæstione 3.n.34.& 35.* Facit etiam, quia vt est notissimum, filii sunt quid consecutiuum ex matrimonio, matrimoniumque est filiorū causa; nam sine ipso nullus potest esse iustus filius, sed habem⁹ regulam, quod † causę & causati idem est iudicium, 79 *l.quominus,ff.de flumini.l.si autem in fine.ff.de aqua pluuia arcen.l.nō ideo,C.de here.insti.l.manumissiones & ibi Bald.ff.de iustitia & iure.* Ex quo infertur, idem esse iudicandum, quod voluit testator loquendo de filiis, quod voluerat de matrimonio: nam † qui vult 80 antecedēs, dicitur velle & consequens, *l.2.ff.de iur. omnium iudi.& l.neque ijs,§.1.& l.illud.ff. de acquirend. heredit.notat Socin.Iunior consi.28.n.6.vol.2.* idque in vltimis voluntatibus clarius est, licet in contractibus secus esset, *vt per Manti. de coniect. vlt. vol.lib.3. tit.18.n.4.fol.52.* & qui aliquid prohibet, videtur etiam prohibere, quod ex illo sequitur, *c. inter dilectos in fi.de fide instru.gl.in c nam concupiscentiam,de constitut.vnde omnia mala & ibi per Ioan. And.* & *Abb.* Facit præterea alia regula, quod † vna pars testamen- 81 ti per aliam declaratur, *l.si seru⁹ plurium,§.fi.de leg.1. & ibi per Doctores*: nam vt dicit Bart.*in l. centurio, ff. de vulgari. n.27.* mens testatoris talis præsumitur in vna parte testamenti, qualis fuit in alia, verbaq; sunt intelligenda secundum subiectam materiā, *l.si vna,ff.locati*, dispositioque † ad extraneas perso- 82 nas nō est referēda, *l.si ita stipulat⁹ §.Chrysogon⁹.ff.de verborum oblig.* faciunt & omnia alia, quæ dici solēt de præfationibus & præambulis *in l.regula,ff.de iur. & fact.igno.de quibus plene per Molinam de primogenijs l.1.cap.5.nume.1.& sequentibus.*

Neque obstant replicata in contrariū, scilicet, quod supra dicta locum habent, quando per virū vel vxorem fieret mentio filiorum, quia tunc intelligeretur de filiis natis ex matrimonio inter

E ipsos

ipsos contracto, non sic inter alias personas, *l. cum vir, ff. de cond. & demonst. leg. si vir uxori, ff. eodem titulo.* 83 Nam † respondetur quod tantum abest, vt leges istæ nobis contradicant, vt certum sit in fauorem facere, argumento sumpto ab identitate rationis. Ratio enim decidendi prædictarum regularum illa esse potest, quod vir non præsumitur velle secundas nuptias vxoris suæ, *l. fœmina, Codi. de secundis nuptiis, cum sua materia*, & sic quãdo loquitur de filiis suę vxoris, intelligitur de genitis ab ipso, at nõ de genitis ab alio marito. Sed nos sumus in casu eiusdem, vel maioris rationis, quoniã illa lex, *cum vir*, fundat decisionem suam in pręsumpta volũtate disponentis; sed in nostro casu voluntas testatoris circa prædictum matrimonium, & quod visus sit prohibere quodcunque aliud, expressa videtur, vt paulò ante dicebamus, *ex l. cum ita legatum sit, ff. de condition. & demonstration. §. videamus.* Cum ergo militet eadẽ seu maior ratio, nihil est quare in nostro casu non fiat eadẽ interpretatio, quæ fit in dicta *l. cum vir*. Nam si in dicta l. militat ratio odij præsumpti ad secundas vxores nuptas, in nostro casu militat ratio odii expressi, ac manifesti ad aliud matrimonium, quam cum prædicto Gundisaluo. Quare verissimum est, quod dicta l. *cum vir*, facit in fauorẽ: quia quando militat eadẽ ratio, idẽ censetur esse dispositum, & sic ex identitate rationis prędicta l. nostrum etiam casum cõprehendit, prout dixit Bald. *in l. si quis seruo, n. 7. C. de seru. fugi.* & post alios latius tradit Molin. *vbi sup. lib. 2. c. 5. n. 7. & sequentib.* Ex quibus vulgo traditur, quod quamuis verba disposita non decidant certum casum, si eadẽ ratio sit, dicitur ille casus proprie esse in dispositione, non ex vi extensiua, sed 84 ex vi comprehensiua: ratio † enim sic disponit, prout disponunt ipsa verba dispositiua, *l. empter, §. si, ff. de rei vendicat. vbi Bar. & Albericus & Deci. in capit. secundo requiris, de appellationib n. 1. Molin. vbi sup.* Imò, & quantumuis obstinanter dixerit, quod maior ratio esset odij vel timoris in casu dictæ *l. cum vir*, quam in nostro casu, non ideo minus procederet argumentum: sufficit enim si eadẽ militet ratio, 85 licet minor sit in vno casu, quã in alio: quia † eadem ratio potest esse maior & minor, prout in terminis docet Socin. *in l. 2. §. ex his, ff. de verborum obligation. primo notabili, in fine*, cuius verba sunt: Ex qui 86 bus infertur vna conclusio, quod satis † est in materia extensionis, quod militet eadẽ ratio decisionis, licet aliquo respectu minor sit ratio in casu; in quem fit extensio, & idem docet B. Verardus *in locis suis, argumento, in loco à simili, n. 6. in medio.*

Neque itidem obstabit id, quod pars Mariæ de Almaraz opponit, scilicet quod testator iussit, vxorem suam D. Mariã de Leon vti frui usufructu domorũ, & census eiusdem per totum temp⁹ vitæ suæ, & ea mortua rediret ad dictam Donnam Mariam de Almaraz: ex quo inferri videtur, quod conditio nubẽdi in institutione posita, iam quod censeatur repetita in legatis directo relictis, nõ sic erit in dicta domo & censu per fideicommissum relictis, nam quod inane sit hoc fundamentum, manifeste docet *l. 2. C. communia de leg. & fideicon.* vbi dicitur, quod verborum varietate reiecta, in omnibus exequata sunt legata & fideicommissa. Idem dicit tex. *in l. 1. de leg. 1. vbi Docto. in §. non vsquã Institut. de legat.* facit ad hoc etiam, quia † fideicom- 87 missarius nihil dicitur capere de manu grauati, sed ipsi testatori dicitur succedere, *ex l. vnũ ex familia, §. 1. de leg. 2.* Et quia, vt in sequenti consilio videbimus, dicta Maria de Almaraz, neque in dicto censu, neque in domo succedit.

Non obstant etiam, vltimo allegata per emptores domorũ & rerum dicti prælegati, quoniã emptio fuit nulla: tum quia erant bona fideicommisso, & sic restitutioni subiecta, *authentica, res quæ, C. de fideic.* tum etiam quia causa ob quã vendita fuerunt, voluntaria fuit, quandoquidẽ hęredes compelli non poterant redimere censum super talib⁹ bonis impositũ, & ad eius redemptionem vendebantur, & † quamuis fideicommissi vendi possent 88 ex causa necessaria, facta excussione in aliis bonis, non sic ex causa voluntaria, *l. pater filium, in princip. de leg. 3. & ibi per Bar. & Docto. & pulchre per Molin. li. 1. de maioratib. cap. 10. n. 25. fol. 80. part. 1.* Tum etiã, quia † decretũ iudicis, & licentia ad vendendũ fuit in- 89 terpositũ ex falsa causa, vt patet probatũ in processu, & sic emptio nulla fuit, *ex tex. in l. 1. §. 1. ibi, manente pupillo actione, si potuerit probare obreptum esse pratori, ff. de rebus eorũ. cui est similis & melior de iure, in l. magis putò, §. fi. versiculo, proinde. ff. eodẽ tit. l. fi. C. si aduersus venditionẽ, & ibi Doctores, Decius consi. 403. n. 20. optima decisio. Pedemontan. Octauiani 159.* Adeo, vt etiam si talis causa non inferatur, vt communem testatur Alexand. *consi. 207. n. 7. & 8. lib. 7. relat⁹ per Molin. vbi sup. lib. 4. cap. 4. n. fi. Felinus in cap. 1. de re iudicata, n. 16.* sic limitans tex. ibi, etiam † si causa sit in totũ, vel 90 tantũ in parte falsa, *secundum Curtiũ Iunior. consi. 118. n. 10 par. 2. Paris consi. 100. n. 31. cum 4. sequentib volu 1. Alciatus de præsumptionib. regul. 3. præsumptione 10. n. fin.* Imò † etiam si manu Regia quis esset immissus in 91 possessionẽ ex falsa causa, adhuc nihil prodesset, *secundum Pelaez de maioratib. 3. par. quæst. 14. n. 7.* Neque † confirmatio sufficeret, *secundũ Roland. à Valle,* 92 *consi. 2. n. 157. cum sequentib. aliquib. lib. 1.* Tum etiam, quia † in casu, in quo dicta bona vendi possint, Re- 93 gia licentia requirebatur: quãdoquidem per viã maiorat⁹, & vinculi fuerũt relicta dictæ Mariæ de Almaraz, *vt per Molin. vbi sup. 2. parte cap. 6. n. 25. lib. 4.* Ex quibus omnibus pro Gundisaluo, in omnib⁹, & per omnia latæ fuerunt tres sententiæ conformes, vna per Ordinariũ huius ciuitatis Placentinæ; aliæ duæ, in Cancellaria Pinciana, & executoria fuit concessa sententiarum, & fuit res satis discussa, & altercata in his tribunalibus, dum essemus aduocati harum causarum, Doctor Gutierrez, conciuis meus & in iure satis versat⁹, & post hęc electus Canonicus Canonicæ Doctoralis Ciuitatensis, & cum hęc ergo scripta haberẽ, inter consilia sua inseruit (licet succincta mente) duo consilia super his, & nolui hęc omittere, vt latius scripta reperiri possent, & vnusquisque quod sibi meli⁹ videbitur, eligat & legat.

CONSILIVM VI.

Qualitas & conditio vni legato apposita censetur & apposita in aliis legatis in eadem oratione contentis.

SVMMA-

SVMMARIA.

1 *Conditio apposita in vno legato censetur & in alio in eadem oratione apposito repetita.*
2 *Dictio, cum, per modum praepositionis apposita, importat idem quod copula.*
3 *Dictio, cum, est dictio denotans simultatem.*
4 *Dictio, cu. ponitur pluries augmentatiue, no vero taxatiue.*
5 *Copula restringit copulata ad vniformem interpretationem.*
6 *Dies incertus conditionem inducit.*
7 *Legatum relictum sub die incerto efficitur caducum mortuo legatario ante illum, & sic ad haeredem testatoris pertinet, ibi. n. 8.*
9 *Testator si relinquat alicui fundu quo vsq; vixerit, censetur & ei proprietatem relinquere vsque dum viuit.*
10 *Testator si legat alicui fundum ad vsum & vsumfructum censetur & legasse proprietatem. Et sic transmittitur ad haeredes legatarij, nisi, vt ibi, alia fuerit mens testatoris, & ibi, quando de hac constabit.*

POstquam autem supra scripta duo consilia & in eis contenta fuerunt completa, & praestitis executoriis, de quibus in eis facta est mentio, alia d. Gundisaluo orta est lis non minus singularis, in qua ipsum adiuui & patrocinium praestiti, & tribus itidem sententiis iustitia eius fuit declarata, & fuit super illis tribus mille & quingentis morapetinis per testatorem in d. clausula praelegati in primo horum trium consiliorum relata contentis, qui quidem tres mille & quingenti morapetini, de censo, testator reliquit vxori suę per totum tempus vitae suae, & ea mortua deuenirent, cum aliis bonis ibidem expressis d. D. Marię de Almaraz, cui conditio nubendi cum d. Gundisaluo erat per testatorem imposita, contingitq; quod mortua iam d. D. Maria de Almaraz post aliquod tempus mortua fuit vxor dicti testatoris; & propter suam mortem filii D. Mariae de Almaraz volebant hos morapetinos propter dictam clausulam sibi retinere, Gundisaluus autem esse sibi praestandos asserebat, & tandem res in iudicio deducta, pro ipso Gundisaluo sequentia allegaui, quibus pro illo res fuit iudicata.

Primo, quoniam ij tres mille & quingenti morapetini census sunt comprehensi sub clausula & oratione sub qua reliquit testator domum, & oliuarium, & viridariu dictae D. Mariae de Almaraz: item & sicut conditio nubendi cum Gundisaluo fuit apposita in dicta clausula ipsi D. Mariae in bonis illis ibidem expressis, & per executoriam iussum est, vt haec daretur bona ipsi Gundisaluo implenti voluntatem defuncti, & abstraherentur de manu dictae D. Mariae inobedientis, & renitetis voluntati & dispositioni testatoris, ita, vt neq; ipsi Mariae, neque filiis relinquerentur, nec traderentur, neq; fuit iussum dari per sententias: sic & eodem modo intelligendum est declaratum, in ijs morapetinis censualibus, vt deueniant in illu, in quem caetera bona deuenerunt, qui est dictus Gundisaluus; est enim regula iuris, quod † conditio apposita in vno legato, censetur & in alio in eademmet oratione contento repetita: nam quando plura eade oratione legantur, qualitas & conditio vni legato adiecta, censetur & in alio legato repetita, & apposita sub eadem & in eadem oratione contento, *vt est tex. singularis in l. Seia, §. Cato, ff. de fund. inst. instrumentoque lega. & ex dictis per Soci. in l. in repetendis. de leg. 3. & tenet plures relati per Ioan. Dilect. de arte testandi, cautela* 38. *& Pelaez de maiora. 2. par. q. 4. n. 15. vbi allegat Paris. de ijs bene tractante*: quibus de causis executoria lata in fauorem dicti Gundisalui super aliis bonis in dicta clausula contentis, censetur etiam lata super ijs morapetinis censualibus, quandoquidem sunt, processerunt ab eode testatore, & ex eadem haereditate, vt statim dicemus, praesertim cum in dicta clausula apponatur dicto, *cum*, ibi (*com la dicha mi casa*) quae † quidem dictio, *cum*, in praesenti apponitur per modu praepositionis, & sic importat idem, quod copula *&*, *vt l. ille cu illo, ff. de vsufr. lega. l. Titia, §. nihil, de leg. 1. not. Bart. in l. 1. ff. de cond. & demonst.* Dictioq;, *cum*, est † dicto denotans simultate, *secundum Bal. in Rub. C. de insti. col. 4. per l. consensu, ff. de actio. & obliga.* poniturq; † augmentatiue, non vero taxatiue, *l. si cum omnes in prin. & ibi Bar. de leg. 1. l. ancilla cu lib. ff. eod. tit. Paul. Castren. consilio* 132. natura vero copulae est, vt vtrunque copulatu verificetur, *l. si haeredi, & ibi Bar. ff. de cond. & demonst. & l. 1. ff. de iust. & iure.* copulaque † restringit copulata ad vniforme interpretationem, non vero ad difformem, *l. quamuis, & ibi Bar. C. de impub. & aliis*: ergo patet manifeste, quod illi, cui applicantur, *las dichas quatro pieças de casa, oliuar, parral, y alcacer*, applicandi etiam sunt dicti morapetini censuarii, cum eis vniti in eade oratione copulatiue posita, ne diuertamur à copulae natura.

Secundo, quia legatum hoc dictoru morapetinorum dictae D. Mariae per viam fideicommissi factum & dandum post mortem vxoris testatoris est conditionale, quoniam legatur post mortem ipsius vxoris, dies vero mortis est incertus, iuxta illud Euangelium, vigilate & orate, quia nescitis diem, neque horam, dies † autem incertus inducit conditione, *l. 1. §. dies incertus, ff. de cond. & demonst.* caducumque † est legatum sub die incerto relictu, si legatarius moriatur ante diei aduentu, *ex tex. in l. vnic. §. sin autem aliquid sub conditione, C. de cadu. tollen.* & data hac caducitate, prout hic datur, reuertitur † res legata ad illu, à quo fuit ablata, & sic ad haeredem testatoris, *ex tex. in d. §. fin aute. & l. 34. tit. 9. par. 6. notant glo. in §. ex conditionali, Insti. de verbor. oblig. Abb. & relati per Ioan. Dilect. vbi sup. cautela* 38. *& Ant. Go. to. 1. c. 5. n. 9.* Ergo de primo ad vltimum patet, censuarios hos morapetinos reuersuros ad Gundisaluum, vnicum, & vniuersalem haeredem testatoris, non vero ad haeredes dictae D. Mariae mortuae, antequam vxor testatoris moreretur. Neque obstat, si quis dixerit quod videtur testatorem legasse vsumfructum huius census vxori suae dictorum censuum per dies eius: nam † si testator legat alicui fundu quousque vixerit, legasse & proprietatem censetur, quousque viuat, *l. donationes, §. species, ff. de donat. notat Pau. Castre. in l. illud, n. 2. C. de lega.* Igitur nihil dictoru censuum habuit in vita dicta D. Maria de Almaraz, neque quidquam in suos transmisit haeredes. Secundo, quia etiá si aliquid habuisset, perdidit illud, tanquam non adimple voluntatem testatoris, vt dixi in primo funda-

mento, & in consilio præcedenti. Ex quibus patet clare, exclusam fuisse dictam Mariam de Almaraz, & eius hæredes, etiam ab ijs censualibus morapetinis, & ad dictum Gundisaluum rediisse obedientem testatori. Item, & quantum ad vxorem testatoris id clarius esse constat, eo quod quousque dicta testatoris vxor viueret, ei relicti fuerunt dicti morapetini census, & sic ea mortua extinguitur legatum, & redit ad hæredem testatoris, *ex textu in leg. illud, Cod. de leg. & ibi Paulus & omnes communiter*, limitata enim causa, limitatum producit effectum, *leg. age cum Geminiano, Codic. de transactio.* & licet † legando, quis fundum ad vsum, & vsumfructum, videatur legari & proprietatem, *ex leg. species. Codic. de auro & argen. lega. leg. donationes, §. species, ff. de donationibus.* & sic, quod transmittatur ad hæredes legatarij, *secundum D D. ibi, & Alex. & alios relatos per Mant. de coniectu. vlt. vol. libr. 9. titulo 2. numero. 92.*

Id tamen verum est secundum eum, *ibi, numero* 28. *&* 29. nisi aliud sensisse testatorem appareat, idq; constat quoties cum præfinitione temporis legatum relinquitur, *ex Bartolo in leg. libertis la 1. numero tertio, & sequentibus. de alimentis legatis. & ex Angelo & aliis relatis per Manticam vbi supra dict. numero 29.*

Quibus de causis tribus sententijs, vt dixi, fuit declaratum in fauorem dicti Gundisalui, & executoria lata super eis.

CONSILIVM VII.

In mensibus Apostolicis an optio detur, vel indultum foueat in beneficiis Ecclesiasticis?

SVMMARIA.

1 *Ex alternatiua concessa Archiepiscopis, Episcopis & cæteris prælatis in suis diœcesibus, quid sibi Papa reseruat, numero 1. & ibi quod in reseruatiuis à summo Pontifice sibi ipsi, nulli alij inferiores se intromittere possunt.*
2 *Optio non habet locum in beneficijs reseruatiuis.*
3 *Ingrossatio fructuum non habetur ex prabendis vacantibus in Curia.*
4 *Reseruatio facta à Papa etiam Motuproprio vel alias generaliter, siue specialiter impedit optionem per canonicum expectantem faciendam.*
5 *Reseruatio includit ius ad rem, & quid de collatione.*
6 *Optans etiam ex consuetudine beneficium reseruatum, non solum illud non obtinebit, verum non poterit reuerti ad beneficium dimissum.*
7 *Reseruatio impedit optionem, Et ibi quare Papa concessit alternatiuam.*
8 *Collatio omnium beneficiorum Papæ pertinet.*
9 *Optio adhuc non procederet, si Papa mandaret alicui prouideri de primo beneficio vacaturo.*
10 *Aduocatio eoipso, quod Papa, vel Rex dicit, audiat talis & citet, facta censetur.*
11 *Concilium Basiliense per quod omnes reseruationes fuerunt reuocatæ, declaratur quomodo, quando & vbi procedat.*
12 *Interpretatio facienda est, vt reseruatio teneat.*
13. *Interpretatio facienda est, quæ de necessitate inest, vel de verisimilitudine, vel ipsius rei natura.*
14 *Papa concurrit cum ordinarijs in prouisionibus etiam cessante negligentia prælatorum.*
15 *Papa per præuentiones potest dignitates etiam electiuas conferre.*
16 *Prælati in prouisionibus beneficiorum vocati sunt in partem solicitudinis, non vero in plenitudinem potestatis.*
17 *Papa & Imperator concurrunt cum omnibus inferioribus ordinarijs vel delegatis.*
18 *Papa in mensibus ordinarijs per alternatiuam concessis Archiepiscopis vel Episcopis concurrit, & est locus præuentioni, & numero 19. Quod idem fit quoad beneficia reseruata vacantia in Curia, etiamsi amplissima facultate, Motu proprio essent concessa.*
20 *Papa potest in aliqua parte mutare, vel limitare totum illud quod concessit.*
21 *Indultum concessum Archiepiscopis Toletanæ diœcesis de conferendis beneficiis, non derogat octo mensibus regulæ reseruatiuæ Clementis Papæ.*
22 *Dispositio generalis nunquam reuocat, neque corrigit specialia.*
23 *Lex generalis non est ad casus speciales trahenda, nisi id in ea sit expressum.*
24 *Lex semper est ad præsumptum intellectum Legislatoris.*
25 *Magistratus municipales non possunt interdicere patri.*
26 *Statutum inferioris non dicitur honestum, si contradicit statutum superioris.*
27 *Nominati per Reges Hispaniæ virtute indulti Apostolici, an præferantur impetrantibus literas Apostolicas.*
28 *Gratia spectatiua ad beneficium vacaturum in diœcesi Castellana non comprehendit, beneficia quæ sunt in ea, sed exempta ab Episcopo.*
29 *Potestas omnis data legatis seu delegatis Papæ datur cumulatiuè, non vero priuatiuè ad Papam.*
30 *Concilij Tridentini decreta circa canonias pænitentiarias declarantur per Cardinales, & numero 31. Ponitur primus tenor declarationis, & n. 32. secundus & num. 33. Ponitur alia declaratio Cardinalium super eisdem decretis, super collatione facienda pœnitentiariæ, & adaptatur indulto Ducis de Alua.*
34 *Papa postquam resignationes admisit neque de iure, neque de facto censentur vacare talia beneficia resignata, mortuo post resignante.*
35 *In spiritualibus interueniente superioris authoritate absque alia traditione acquiritur ius, & in eis speciale est.*

Statuto

STatuto fundamentali huius almæ Ecclesiæ Placentinæ authoritate Apostolica roborato, dispositum est, quod portionarii ascendant ad canonicatus vacantes & canonici ad dignitates vacantes in eadem Cathedrali Ecclesia, prouidendo ad ea per Episcopum & Capitulum, & simile habet per viam optionis, in Ecclesia Cathedrali Salmantina, & in aliis pluribus idem habebitur: contingit vacare per obitum possidentis dignitatem quandam in mense Papæ reseruato, vel esse de reseruatis ei. Quæritur, num habeat locum dicta prouisio virtute dicti statuti vel optionis, vel ex alia simili causa. Et in hac quæstione, & dubio tali consului non semel, Capitulum & Episcopum non posse tunc se in tali prouisione intromittere, neq; optionem dari, ex sequentibus fundamentis.

1 Primo, quoniam † ex alternatiua à Summo Pontifice concessa Archiepiscopis, Episcopis, & cæteris Prælatis in suis diœcesibus, sibi ipsi reseruat Papa vacantia in octo mensibus anni, secundum tenorem alternatiuæ antiquæ, & in sex mensibus, secundum tenorem nouioris alternatiuæ, sicut & in aliis beneficiis ab ipsa sede Apostolica reseruatis, puta si vacant in Curia, vel assecutionem alterius beneficii, vt licet videre ex regulis Cancellariæ, de reseruationibus, & ibi glossatores, præsertim Mandosius & Rebuf. *in practica noua benefic. pag. quingentesima nonagesima octaua, ad finem*, cumque reseruata sint, non possunt inferiores in eorum prouisione se intromittere, *vt probatur in capitulo secundo, etsi beneficia, de prabendis, libro sexto. notat Ripa responso sexto, de constitutio. fol. mihi trigesimo quinto*, imo † neque optio, quæ ex consuetudine in aliquibus locis habetur, circa beneficia Ecclesiastica, habet locum in beneficiis reseruatis, *vt per additionat. decision. antiq. Rota, decision. prima, numero sexto, de rerum permutatione, & Mandosius in regula quarta, de reseruationibus, numero primo, & sequentibus, pag. sexagesima tertia, quidquid ibi ipse voluerit, & ita etiam per Æneam de Falco. in tractatu de reseruatio. quarta part. princip. in quinto effectu. per per totum, 1. part. volumine decimo quinto, tractatu diuersorum Doctorum ex tex. in cap. fina. de consuetudine, libro sexto*, & tenet Franc. Marcus *in decisione Delphinatus millesima ducētesima sexagesima octaua*, vbi inquit, quod præbenda vacante in Curia, non possunt optari fructus grossi, quod est optimum contra canonicos titularios expectantes ingrossationem fructuum ex aliis præbendis vacantibus:

2

3 nam † ingrossatio hæc fieri non poterit ex præbendis vacantibus in Curia, vel aliter reseruatis Summo Pontifici, prout & voluit idem Franciscus Marcus *in decisione Delphinatus millesima ducentesima septuagesima prima*, & sic inquit Verallus *in 1. par. decisionum suarum Rota decision. octogesima sexta. & iterum in 2. parte decision quinquagesima octaua, seu vigesima sexta, incip. Gratia creationis.* fuisse determinatū in Rota, creationem in canonicum cum expectatione primæ prębendę vacaturæ restrictum ad collationem, & menses ordinariorum non habere locum in mense Papæ reseruato, imo † si reseruatio est facta Motu proprio, siue generaliter, siue specialiter, impedit optionem per canonicum faciendam, & sic inquit determinatum Puteus *in libro secundo, decisione quarta, ex decisionibus Castadori & de concessionibus prabendarum.*

4

5 nam † reseruatio inducit etiam ius ad rem virtute acceptationis, quam fecit quis ex gratia expectatiua, & valet gratia de eo facta, etiam non facta mentione de ea acceptatione, sicut & valet collatio, vt per Æneam de Falconibus *in dicto tractatu de reseruationibus in tertia quæstione principali, numero decimoseptimo. & iterum in quarta quæstione principali. in decimo quinto effectu*, vbi & in

6 quinquagesimo effectu inquit, quòd si † quis scienter optauit virtute consuetudinis, de optando beneficium reseruatum, non solum illud non optinebit, vt dicit ipse *ibidem in quinto effectu*, verum non poterit vlterius reuerti ad illum dimissum, *ex capit. si beneficia, de prabendis in sexto*, quem dicit singularem Romanus *consilio trecentesimo vigesimo nono*, quem & alia allegat, & dicit idem Æneas *in dicto quinquagesimo effectu*; reseruatio † enim non impedit emptio-

7 nem, *secundum gloss. in pragmaticu sanctionibus titulo de electionibus, verbo, impediri, numero sexto, tomo. primo, folio centesimo trigesimo septimo, in paruis*, & sic inquit ibi, quod in vacantibus in Curia non habet locum optio. Et quod hic constet de dicta reseruatione per dictam alternatiuam constat, qua mediante voluit Summus Pontifex ex benignitate concedere tempora aliqua ordinaria Archiepiscopis, & Episcopis pro prouisione beneficiorum in suis diœcesibus vacan-

8 tium, ne confusio generetur: nam † collatio omnium beneficiorum Papæ pertinet, *vt apparet ex Selua in tractatu de benefici. secunda par. quæstio. prima, per totam & melius per Duaren. de sacris Eccles. minist. libro tertio, capitulo primo, per totum, & Ioan. Nicola. in tractatu de beneficiis, titulo secundo de collatione benefic. & omnino Abbas in capit. cum Ecclesia, numero octauo, de electione, Didacus Perez in leg. secunda, titulo sexto, libro primo, ordin. columna ducentesima quadragesima nona*, & idem † esset, si Summus ipse Pontifex ali-

9 cui mandaret prouideri de aliquo beneficio vel de primo vacaturo beneficio in tali Ecclesia: nam tunc primum vacans beneficium est affectum per manus appositionem, adeo, quod alter præter Papam illud conferre non potest, *secundum Rebuf. in practi. titul. de reseruatio. tam genera. quam speciali, numero trigesimo tertio, pagi. centesima decima septima*, etiamsi manus appositio sit inutiliter facta, *secundum Innocentium relatum per Corrasium in paraph. Sacer. 2. part. capitulo primo, numero decimo quarto, fol. trigesimo primo*, & eo † ipso

10 quod porrecta supplicantis petitione, Papa vel Rex dicit, audiat talis, & citet, censetur in se causam auocare, *secundum Domini. consil. 47. & Auend. alios referentem, in ca. 19. per totum, numero tertio, libro primo*, & à fortiori idem dicendum de beneficio vacaturo per Papam iusso prouideri alicui, ex quo cessat motiuum ex aduerso inducendum, scilicet,

11 quod † omnes reseruationes post Concilium Basiliense sunt reuocatæ, tum quia hoc intelligitur in generalibus reseruationibus, non vero in par-

ticularibus, prout hic:item in Francia vbi seruatur illud Concilium, posset hoc procedere; non vero extra Franciam, vt optime his & aliis modis respondet Mandosius *in regula Cancellaria, regula 2. quaest. 2. num. 12.* & Corras. *vbi sup. num. 15.* reseruatio quae haec non solum inficit possessionem, verum & detentationem indistincte, *secundũ eundem Mãdo. ibi, regula 1. quaest. 3. n. 4.* Secundo, quoniam non est censendum, velle Summum Pontificem sibi 12 abstulisse potestatem hanc, eo quod † interpretatio facienda est, vt potius reseruatio teneat, cũ hoc sit verisimile, & congruentius, quod ius reseruantis remaneat illaesum, *ex l. in obscuris, ff. de regulis* 13 *iur.* & semper † faciẽda est ea interpretatio quae in est de necessitate, vel verisimilitudine, vel ipsius rei natura, *ex l. inter socios, §. cum inter. ff. de pact. dotal. notat Burg. de Paz, consil. 2. num.* 88. *& 89. vol. 1.* & sic interpretari debemus, per statuti vel indulti concessionem & approbationem sibi noluisse Papam 14 praeiudicare: Imo & fortius est, quod Papa † concurrit cum ordinariis in prouisionibus quorumcunque beneficiorum, etiam cessante negligentia praelatorum, *ex cap. 2. de praebendis, lib. 6. ex Clement. 1. vt lite pendente:* quia est ordinarius totius orbis, *6. quaest. 3. cap. cuncta per mundum.* notat Selua, *de beneficio, 2 par. quaest. 1. nu.* 20. vbi *num. 23. cum sequen-* 15 *tibus*, optime prosequitur, quod † Papa per praeuẽtiones poterit dignitates etiam electiuas con- 16 ferre. Praelati † enim vocati sunt in partem solicitudinis, non vero in plenitudinem potestatis, *ex tex. in cap. multi, 3. quaest. 1. quem ad hoc notat Gometius in tractatu de expectatiuis, num. 10. & 14. Selua vbi sup. 2. par. quaest.* 14. & haec est ratio quare Bal. *in capit. primo, quis sit Dux, vel Marchio. & in capitulo primo,* 17 *qui feud. dare poss.* inquit, quod Papa, † & Imperator concurrit cum omnibus inferioribus ordinariis, vel delegatis, *& facit tex. & ibi late Felinus in cap.* 18 *pastoralis, de offic. ordinarij.* Et sic † etiam in mensibus ordinariis per alternatiuam cõcessis Archiepiscopis, vel Episcopis, Papa concurrit cum ipsis, & est locus praeuentioni, *secundum Gome. in d. num.* 14. dum tamen secundum eum ibi, *num. 16.* id non ignoranter faciat, sed sciẽter, & late post haec scripta vidi asserentem, Menoch *consil. 83. num. 9. cum sequentib. plurib. tomo 1.* vbi *num. 23.* secus esse dicit in executore dato à Papa pro executione expectatiuae alicuius: nam hic debet expectare, vt vacet in mense Papae, & ibi *num. 27. cum sequentibus* asserit, quod eo ipso, quod Papa prouidet, censetur derogare iuri ordinarii & facultati ei tributae. Et *numer. 32.* inquit, Papae potentiam tunc praesumi, cum ipse concesserit alternatiuam, quae si ita sunt prout sunt, à fortiori est intelligendum in mensibus reseruatis non intelligi indultum concessum alicui de prouidendis beneficiis in aliqua Ecclesia, *secundum Gometium super 6. Decretalium, tit. de mãdato, de prouidendo, numer. 18.* & idem † quoad bene- 19 ficia reseruata vacãtia in curia dicendum est, etiã si amplissima facultate Motu proprio esset concessã, *vt per Aeneam de Falco. in tractatu de reserua. 4. quaest. principa. in 43. effectu. 1. par. 35. volumine. tracta. diuersorum Doctorum in nouis.*

20 Tertio, quoniam † licet Papa à principio concesserit totam potestatem alicui disponendi de beneficiis, ex quo tamen maiorem retinuit apud se, potest mutare, vel limitare in aliqua parte totum illud quod concessit, secundum Gome. *de expectati. numer. 11. & 12.* vbi alia optimã in propositũ refert. ex quo inquit singulariter ipsemet Gometius *in proemio regula Cancellar. quaest. 6. fol. 241 pag. 2. in medio*, quod † indultum concessum Ar- 21 chiepiscopo Toletano de conferendis beneficiis, non derogat octo mensibus regulae Clementis Papae reseruatiuae: generalis † namque dispositio 22 & concessio nunquam reuocat, neque corrigit specialia, *cap. generi, de regul. iur. in 6. & ex late dictis per Burgos de Paz consil. 2. numer. 86. cum seq.* neque † 23 est lex generalis ad casus speciales trahenda, nisi in ea aliud fuerit expressum, *vt notatur in l. sciẽdum, in princip. vbi glos. ff. qui satisdare cogantur. & l fin. C. qui. in cau. in integ. rest. nõ est necess. notat idem Burg. de Paz, in l. 3. Tau. numer. 47. & 138.* Et † quia lex semper est 24 referenda ad praesumptum intellectum legislatoris, *l. de eo. ff. de donatio. inter. notat Bald. in l. nulli, in fine, C. de senten. & interlocution. omn. iud.* & pro hoc habemus tex. expressum meo videri *in c. dudum. de praeben. in 6. & tex. in cap. pastoralis. de priuileg. ad hoc allegatus per Altamira. in tractat. de visitatio. verbo, visitatorem, numer. 7. fol. 40. in paruis*, Municipalesque † 25 magistratus non possunt interdicere patri, *secundum Baldum in d. l. nulli, in fine.* & statutum † inferio- 26 ris non dicitur honestum, si contradicit statutis superioris, *secundum Decium consil. 538. numer. 13.* Et sic si statutum hoc fundamentale cẽsetur authoritati Papae derogare, praeiudicando ei in mensibus suis, non esset honestum, & consequenter nõ seruandum. Ex quo argum. *dict. capi. dudum*, inquit singulariter Staphileus *de lite gratiae & iust. tit. de mandato de prouidendo, forma 3 numer. 9 fol. 32.* ad † 27 nominatos per Reges Hispaniae, virtute indulti Apostolici, vt non praeferantur impetrantibus Apostolicis, nisi aliud in indulto dicatur, & tenet Gome. *in dict. tit. de mãdato de prouidẽdo in lectura sexti libri Decretalium, num. 16. & 20.* Et facit pro hoc singularis doctrina Ancharani *in cap. si propter. colum. 3. versi. & ita faciunt, de rescriptis*, dicentis quod † gratia expectatiua ad beneficium vacaturum 28 in dioecesi Castellana non comprehendit beneficia, quae sunt in ea, sed exempta ab Episcopo, sequitur Rolãd. à Valle, *consi. 33. num. 31. volum. 3.* referens alios, maxime Felin. *in cap. graue, col. 2. in principio, de offi. ordin.* dicentem: non vidisse ab aliquo hanc impugnatam doctrinam. Sic & dici solet, quod † omnis potestas conferendi beneficia da- 29 ta legatis, aut delegatis Papae, datur cumulatiue, non vero priuatiue ad Papam, *ex d. ca. dudum, allegato ad hoc per Gometium de expecta. numer. 10. & Additio ad glos. in pragma. sanctio. rubr. de collatio. §. item voluit, sub verbo, vicario, in additio. 2. Calderi. consil. 3. de praeben. Fran. Cur. consi. 64. colum. 5. Alber. Brun. consil. 1. n. 31. & consil. 2. num. 31.* & per consequens canonici supernumerarii electi ab Episcopo, & capitulo, vel ab vno eorum id potente facere, qui expectãt fructus praebendae vacaturae, vt ingrossetur titulus ventosus, quem habent, non ingrossabunt titulum talem ex praebenda vacante in mẽse Apostolico:

stolico: nam & communis est opinio secundum Parisium, *de resigna. beneficio. lib. 7. q. 14. nu. 14.* quod Episcopus habens alternatiuam ad sex menses, vt in aliis non possit conferre, & sic testatur fuisse in Rota resolutum. Eodem etiam modo & ex eodem fonte emanauit declaratio Cardinalium deputatorum à Summo Pontifice pro declaratione dubiorum resultantium in propositum alicuius decreti sacri Concil. Trid. Declararunt enim † decreta sessionis 5. cap. 1. *de reforma. & sess. 24. de reform. c. 8.* circa canonicas pœnitentiariæ dispone̅tia, scilicet, vt non erigeretur ex præbendis vacantibus in mensibus Apostolicis, & vidi plures tenores epistolarum à dictis Reuerendissimis Cardinalibus missarum diuersis Episcopis, quorū tenorum duo sequentes ad manus meas peruenerunt: quorum primus Episcopo nostro Placentino Petro Põce de Leon missus fuit in hũc modũ: 30

Reuerendissimo Domino Episcopo Placentino in Hispania.

31 *Illustrissime ac Reuerendissime domine, cum libellus hic Ioannis Rauanera oblatus fuisset illustrissimis Cardinalibus, ad interpretanda sacri Concilij Tridentini decreta constitutis, ij Amplitudini tuæ scribendum censuerunt, iamdudum declaratum fuisse, decretum Concilij sessio. 24. cap. 8. non comprehendere portiones, neque etiam præbendas vacantes in mensibus Sedi Apostolicæ reseruatis: quare Amplitudo tua, quod suæ fidei, ac religionis erit hac in re aget, & bene in domino valebit, Romæ, die 21. Augusti, 1577.*

Amplitudinis tuæ.

Vti frater Philippus Boncompags, Cardinalis sancti Sixti.

Secundus vero tenor declarationis erat in hunc modum:

Illustrissimo, ac Reuerendissimo vti Fratri Domino Episcopo Patauino, Sanctissimi Domini nostri Nuncio apud Maiestatem Catholicam.

ILLVSTRISS. AC REVERENDISS. DNE.

32 *Cvm in sacra congregatione Cardinalium Trid. Concil. interpretum actum esset de libello, qui iis literis adiunctus est, & postea ad sanctissimum Dominum nostrum relatum, Sanctitas eius inhærens declarationi, quam alias sanctæ memoriæ Pius V. etiam ex sententia eiusdem congregationis fecit, & quam superioribus quoq; annis eadem Sanctitas sua confirmauit, nunc pariter declarauit, hunc canonicatum & præbendam Exoniensem non comprehend decretis Concilij Tridentini, sess. 24. cap. 8. & sess. 5. cap. 1. quoniam vacarunt in mense Sedi Apostolicæ reseruato, idq; Amplitudini tuæ possit his literis significari, vt apud ipsum Episcopum & Capitulum Exoniense, et si opus erit, etiam apud Regiam Maiestatem testari simul, & vt ita seruetur curare possit, sicut ea qua solet fide ac diligentia in sancta huius Sedis mandatis exequendis facturum, persuasum habeo, cui bonam valetudinem, & omnia fac ista à Deo precor. Romæ die 27. Martij.*

Amplitudini tuæ, Vti frater Philippus Boncompags, Cardinalis sancti Sixti.

33 Quibus † declarationibus & conuenit alia super eisdem decretis edita super collatione facie̅da pœnitentiariæ in hunc modum: Congregatio Concilii censuit ita obseruandum, vt si vacatio contigerit in mense Apostolico, ad summũ Pontificem, vel ad eum, qui indultum habet in mensibus Apostolicis, si in mense solius Episcopi, ad Episcopum solum, si in mense communi ad Episcopum & Capitulum communiter spectet.

Et hæc vltima declaratio singularis est pro Duce de Alua, qui in Ecclesia Cathedrali Cauriensi, & in eius episcopatu habet ex indulto sedis Apostolicæ menses Apostolicos, & in facti contingẽtia pro ipso Duce & prouisione sua sic obtinui semel in vna Cauriensi præbenda, in mense Apostolico vacante, ad quam Dux ipse nominauit que̅dam conciuem meum, & Episcopus Cauriensis volebat eam erigere pro pænitentiario ab eo nominato, & tande̅ contra Episcopũ fuit decisum.

Ex quibus omnibus satis clarissime probatur intentum nostrum, & quam malefaciãt Ordinarii in suis diœcesibus sese intromittentes in mensibus Apostolicis, virtute dicti statuti, vel finalis indulti, aut optionis, præbentes occasionem maximam litibus, prout sæpius vidi, & tandem præualuit Papæ prouisio. Ideo ad hæc aduertere debent, ne litium sint inuẽtores, & hæc præmaxime & clarius procederẽt, si prout in facto habui, Sũmus ipse Pontifex titulum præbuit, & prouisionem fecit dictæ præbendæ ad resignationem vel permutationem alicuius, qui ante litterarũ expeditionem mortuus fuit; tunc enim res est clarior pro prouiso per Papam; quoniam † postquam per Romanum Pontificem sunt admissæ resignationes, neq; de iure, neq; de facto ce̅sentur vacare talia beneficia resignata, mortuo post resignante, *ex Clementina vni. de renunciatione:* in † istis .n. spiritualibus est vnũ speciale, ꝙ interueniente authoritate superioris absq; alia traditione, adquiritur ius, *vt voluit Abb. Sicul. post Innoc. in c. inter cætera, col. 1. vers. secundo soluit, de præben.* vbi & in permutationib. loquitur, *notat Boe. decis. 2. n. 38.* & sicut dixi, vidi non semel, post magnas lites pro prouisione Summi Pontificis determinari. 34 35

CONSILIVM VIII.

Notariæ, vel Tabellionatus, & similia officia, an vendi vel locari possint per Episcopos in suis episcopatibus.

SVMMARIA.

1. *Notaria, & Scriptoria Ecclesiæ, quæ dignitatis Episcopalis sunt, vendi, neque ad vitã locari possunt, eo quod redundaret alienatio.*
2. *Officia tabellionatus locari non possunt.*
3. *Tabellio, aut prætor aut quiuis alius officialis, qui pretium empti, aut locati officij extorquere debet, præsumendum est, quod fidem suam violauit.*
4. *Malo vno dato sequuntur & alia.*
5. *Resp. præsidẽtes duo Platonis præcepta obseruare debẽt.*

6 Officia

6 *Officia publica à Rege vendi non licet, nisi ob subueniendum nimiam suam necessitatem.*
7 *Officia & potestates vendi omni iure prohibitum est.*
8 *Officia emens præsumitur quod omnia mala perpetrabit, imo & vitium symoniæ committit.*
9 *Officium publicum emens eius priuilegio gaudere non debet.*
10 *Domini inferiores à Rege non possunt permittere talia officia publica vendi, aut locari.*

CONsultus à quodam Prælato huius regni, vtrum vendere, aut locare posset tabellionatum aut notarias sui episcopatus, etiam in locis, vbi tanquam Episcopi habent iurisdictionem temporalem, respondi absque dubio id nõ posse, & cum fundamenta iuris à me perquisisset, sequentibus fundaui.

Primo, quoniam supposito, quod notariæ hę & tabellionatus clarissimum est, quod sunt dignitatis Episcopalis, & id nulli dubium, & in iis 1 loquimur, estque † etiam de iure absque dubio non posse vendi, neque ad vitam locari, eo quod esset alienatio, *secundum glossam in l. filiusfam. §. diui. ff. de leg. 2. tex. in l. 1. §. quod autem. ff. de superficiebus, declarat optime Molin. de primogen. Hisp. lib. 1. c. 21. n. 15. cũ sequen. pluribus,* & alienari similes res dignitatis Episcopalis, non est licitum, nisi præcedente causæ cognitione, & in casu vtili, & necessario, *vt per totum tit. extra, de rebus Eccles. non alie. text. in cap. sine exceptione, 12. q. 2. & in aliis pluribus iuribus,* & hæc alienatio notariæ, aut tabellionatus non solum nõ est vtilis, nec necessaria, verum præiudicialis Reipublicæ, & ipsi dignitati Episcopali, vt in progressu videbimus.

Secundo, quoniam *ex l. 4. tit. 25. lib. 4. noua recop. innouato, & confirmato per cap. 44. de cortes de Madrid, 2 anni 1573.* iustum extat, quod † nulla tabellionatus officia locentur, *& per l. 8. tit. 3. lib. 6. recop.* id ad omnia officia extẽsum est, *& per l. 13. tit. 6. li. 3. eiusdẽ recop.* & per pragmaticã Matriti factã, ann. *1589. de qua in l. 41. tit. 20. lib. 2. recop.* nouissimeque id renouatum est & ad alia publica officia extensum, in anno *1590. sub l. 42. 8. tit. 20.* Id etiam aliquibus modis est declaratum, & ex dictis iuribus imponitur pœna Correctoribus ciuitatum aliud permittentibus, quod si in secularibus officiis id extat dispositum & prohibitum, in ecclesiis erit cẽsendum omnino prohiberi, cum propter quod vnumquodque tale, & illud magis, *ex authentica, C. de Episcopis & cler.* Prælatique & aliæ Ecclesiasticæ personæ, quasi signum ad sagittam sunt appositi, & quod non licet sæcularibus circa hoc neq; eis à fortiori licebit.

Tertio quoniam *in Authen. vt iudices,* sine quoquo suffragio iubet Iustinianus, vt personæ quæ publicis officiis addicuntur, singula sine mercede percipiant: præter hæc demum, Sotus *lib. 3. de 3 iust. & iure. q. 6. art. 4.* inquit, quod † scriba, aut prætor, aut quiuis alius officialis, qui pretium empti, aut locati officii extorquere debet à miseris ciuibus: quonam putas modo non violauit fidem suam? quam non iniuriam intentauit, vt miserorum pecuniam emungat? Nam dato vno principio illicito, vt inquit Iustinia. *in d. Authen. vt iudi. sine quoquo, §. incerte,* necesse est plurimas manus circumire; procedente † enim vno malo, sequuntur 4 & alia, *l. ex diuerso. §. 1. ff. de rei vendi.* & sic adest prouerbium, cui aduenit vnum, non aduenit solum: nam quæ malo sunt inchoata principio, vix est vt bono peragantur exitu, *1. q. 1. c. principatus.* Et sic illi qui pauperibus solebant iura remittere, & à diuitibus minora percipiebant iura, nunc habentes pretio, aut annuo cẽsu officia hæc adquisita nulli non parcent, verum excoriare eos procurabunt, prout ad oculum videmus fieri, quod est in maximum Reip. detrimentum, & finem habendum per dominos in terris suis: quoniam omnes Principatus, Regna, Imperia, Potẽtatus legitimos legum, & hominum ob publicam ipsorum ciuium vtilitatem, non etiam ob regentium commoda, inuitos creatos, receptos, admissosq; fuisse, communi frequentissima Philosophorum & legum latorum, & Sanctorum sententia proditum & testatum est, non secus quam reliquos etiam Magistratus. Ita scriptũ reliquit Plato, relatus per Ciceronẽ, *lib. 1. officiorum,* omnino inquit, qui Reipub. præsunt, duo Platonis † præcepta teneant: vnũ: vt 5 vtilitatem ciuium sic tueantur, vt quidquid agãt, ad eam referant, obliti commodorum suorum: alterum vt totum Reipublicæ corpus curent, ne cum partem aliquam tueantur, reliquas deserant: subiungitq; idem Cicero; Vt enim tutela, sic procuratio Reipu. ad vtilitatem eorum, qui commissi sunt, non ad eorum quibus commissa est, gerẽda est, Idem vult Arist. *lib. 5. Ethicorum & 3. Politic. c. 11. Boerius in tractatu de regimine ciuita. glos. & Abb. in clem. vni. de Baptismo. Lucas de Penna in l. militaribus. C. de decurio. lib. 10. tradunt communiter Doctores, maxime in l. decernimus, C. de Episcopis & cler. Alphonsus Generius in Thesau. Christia. religio. cap. 54. n. 1. & 9. post sanctum Thomam in opusculo 21. ad Ducissam Brauantiæ, & S. Irenæus lib. 5. contra hæreses:* Regnum enim non est propter Regem, sed Rex propter regnum. Ex quibus sit, quod † neque Regi decet, nisi ob eius ma- 6 ximam necessitatem subueniẽdam, vendere, neque locare similia officia, *secundum Thomam, & Sotum, vbi sup.* & per consequens multominus Principibus inferioribus id licebit, & inter Solomnes iniustissime, ac fœdissime inquit Soto *in d. art. 4. in fine,* Ecclesiastici antistites huiusmodi officia vendũt: nam præter absurda, quę superius dicta sunt, & ipse Sot. ibi refert scandalo Christianos oculos offendunt; gratis enim acceperũt, gratis dent, nõ solum spiritualia, sed sæcularia, quę ad custodiam spiritualium instituta sunt, vt & nouissime inquit & tenet Michael Salon. *in Tho. 2. 2. q. 63. ar. 2. colum. 1071. & Salice. in addit. ad pract. can. Ber. Diaz. c. 4. addit. 2.* Ex quibus inquit Bar. Soci. *consil. 146. n. 2. vol. 1.* omni † iure prohibitum officia & potestates vẽdi. 7 Emens † n. officia hæc, præsumitur, quod omnia 8 mala perpetrauit *secundum Parid. de Put. in tract. de synd. verbo officialis c. 3. n. 2. fol. 139.* & vitium simoniæ cõmittere inquiunt Soc. *vbi su.* & Reb. *in 3. to. cõsti. Fran. tit. de salariis taxã proui. proces. gl. 1. ar. 1. n. 11. & 2. to. ti. de magist. artif. ar. 3. gl. 1. & Frã. Marc. dec. Delphi. n. 749.* emensq; † officiũ publicũ eius priuilegio gau- 9 dere nõ debet, *ex l. vniuersi. C. de leg. li. 11. allegato ad hoc per*

hoc per Rebu. in tract. de nominatio. q. 5. num. 11. & in cõcor. Reg. Fran. *tit. de elect. derog. gl. sanguis. pa. 60. c. ementes male viuũt, quibus de causis decre. 24. actio. 3 conci. Prouincia. Cõpost.* cautum est, ne notariæ Ecclesiasticæ vendi, vel locari possint, per dominos earum, sub pæna ibi contenta, & iure optimo; plurimum enim nociuæ sunt locationes, ac venditiones talium officiorum, neque minores † domini ea possunt permittere, neque facere, & multo minus antistites, vt dictum est, de quibus & in d. *l. 4. tit. 25. lib. 4. recop. & in eo tractatu decurio. li. 4. c. fi.* plura alia diximus, & ijs & alijs dictus prælatus cessauit in venditione ac locatione dictorũ officiorum, & idem omnibus prælatis est consulendum.

CONSILIVM IX.

Capitulum sede vacante, an possit conferre beneficia: vel curata commendare, & an examinatores requirantur, & clerico in minoribus possit commendari, & an commenda hæc præiudicet Episcopo successori, & an Episcopus possit id approbare, si nulliter sit factum,

SVMMARIA.

1 *Capitulum sede vacante non potest beneficia conferre. & nu. 6. ampliatur, & num. 7. limitatur. & 8. & 9.*
2 *Collatio est fructus beneficij.*
3 *Fructus futuro successori reseruantur.*
4 *Collatio est donatio, num. 4. vbi declaratur.*
5 *Donare prohibetur ei, cui libera bonorum administratio conceditur.*
10 *Capitulum sede vacante potest electos confirmare, nu. 10. vbi ampliatur, & quod instituere præsentatos à patronis poterit.*
11 *Conferre est voluntariæ iurisdictionis, & sic extra territorium fieri poterit, instituere vero & confirmare est necessitatis.*
12 *Superior tenetur electos & præsentatos dignos confirmare, vel instituere.*
13 *Collationes nominatis faciendas poterit facere capitulum sede vacante, & num. 14. Idem in licentia ordinandorum.*
15 *Capitulũ sede vacante potest Ecclesias in commendam dare. num. 15. etiam vltra sex menses, n. 16. & 17.*
18 *Commendã cessat adueniente Episcopo, qui poterit cõmendam reuocare, num. 18. etiam inuito & non vocato illo, qui in commendam habebat.*
19 *Commendatarius est tanquam custos fructuum, & cõmenda est sicut depositum.*
20 *Deposito reuocato depositarius desinit habere ius retinendi.*
21 *Commenda solum fit ad vtilitatem Ecclesiæ curatæ.*
22 *Commenda non præbet titulum, neque possessionem; & ideo sine citatione auferri potest.*
23 *Citatio non est necessaria vbi notorium est defensionem non competere.*
24 *Consuetudo aut præscriptio induci non potest sede vacante, num. 24. & ibidem quis dicatur idoneus.*
25 *Beneficium curatum vbi prouidetur in commendam debet ille cui prouidetur esse tunc in habitu & actu sacerdos.*
26 *Qualitas admittens, vel excludens aliquem ad actum debet adesse tempore exercitij actus illius.*
27 *Idoneitas maior requiritur in beneficijs curatis, & ideo dignior eligendus.*
28 *Lex vbi aliquid de nouo introducit, cum certis modificationibus omne ibidem expressum censetur de forma.*
29 *Clausula annullatiua declarat omnia esse de forma.*
30 *Dignioribus saltim in conscientia sunt beneficia conferenda, num. 30 vbi quid iniustitia.*
31 *Examinatores debent adesse pro prouidendis beneficijs.*
32 *Forma substantialis an per æquipollens adimpleatur. & nu. 33.*
34 *Inferior non potest tollere legem superioris directe neq; indirecte.*
35 *Episcopus non potest dispensare contra constitutionem Concilij.*
36 *Ratihabitio in tertij præiudicium nihil operatur.*
37 *Ratificari non potest id quod nullum est & nullo iure valere à principio potuit.*
38 *Ratihabitio nihil operatur, quoties extremum ad quod, est inhabile. num. 38. vel extremum à quo, num. 39. Vel medio inhabili ex rebus non integris. num 40.*
41 *Confirmasse non videtur Episcopus id quod non potest.*
42 *Eligens dignum omisso digniori, peccat. & nu. 43. Factum Leonis Papæ narratur, & num. 44. de Pascasio.*
45 *Pastoris vita debet esse subditis exemplar.*
46 *Episcopi Græce, Latine, speculatores interpretantur.*

Capitulum sede vacante beneficium quoddam curatum, per examinatores, ab eo deputatos & nominatos, prouisit in commendam cuidã ex opposi oribus, qui nondum erat clericus sacris ordinibus initiatus, & ipsum in possessionem induxit, & in eã perstitit aliquibus diebus, & mẽsib', inseruiẽdo dicto beneficio per clericos presbyteros. Adueniẽte postea prælato dicti episcopatus, edicta proposuit dicto beneficio tãquam vacanti, & termino edicti elapso, prouisit illud in presbytero satis digno, adhibito examine ab eo, & examinatoribus in synodo ab eodem Episcopo celebrato designatis, propter quod conquestus est prouisus à capitulo sede vacante, & bis processum per viam de fuerca ad supremum Castellæ consilium deduxit, & contra eum & in fauorem actorum per Episcopum me eiusdem Episcopi consultore assistente fuit pronunciatum, & sic sine beneficio prouisus ille à capitulo remansit, & iuste ex sequentibus duobus discussis principalibus punctis.

Primus est, an capitulum sede vacante potuerit prouidere beneficium illud.

Secundus, an Episcopus veniens poterit nouã edi-

cato deposito, depositarius desinit habere ius retinendi, *dicta l.1.& per totum, ff. depositi, glos. in dict. c. nemo*, & est sicut œconomus quidam, & ideo ad libitum reuocatur, *ex text. in l. 4. titu.16. part. 1. notat Corras. vbi sup. num. 4.* Et quia † cum commenda solū fiat ad vtilitatem Ecclesiæ curatæ, *vt in dicto cap. nemo, notat Syluest. in Sum. verbo commenda, num. 1. Rebuf. vbi sup. num. 78.* præsertim in Ecclesiis parochialibus, vt colligitur etiam ex decreto 18. de reformatione, sess. 24. Concilij Trid. cessante dicta vtilitate, cessat depositum, & ad tempus concessum finito tempore cessat, *ex l. in tempus, ff. de hæredib. instituen.* Ex quibus cum talis commenda sit temporalis, vsque dum prælatus veniat & prouideat, qui quidem ad libitum reuocare potest, & nullus † ex tali commenda datur titulus, neque possessio, nimirum, si sine citatione possit à commendatario auferri, *vt per Rebuf. dicto nu. 79. & Gome. in reg. de publica resignatio. quæst. 4. & Corras. vbi sup.* & vbi † notorium est defensionem non competere, nulla est necessaria citatio, *vt in decis. Rota 5. nota, quod vbi est notorium, de concess. præb. in antiquis, & est communis, secundum Abb. per nos relatum, in l. 2. tit. 13. num. 47. cum sequen. libro 4. Recop.* Neque potest allegari circa hoc consuetudo, quandoquidē similis casus nunquam successit in hac Ecclesia, neque vacante † sede potest induci consuetudo, aut præscriptio, *vt in deci. 7. de rerum permut. in nouis*, Ideo & merito potuit Episcopus dictam commēdam huic clerico in minoribus constituto reuocare, & iubere affigi edicta, eo non citato neque audito, & prouidere Ecclesiam de parocho in concursu oppositorum, vt fecit: præsertim quia dato (sine veritatis tamen præiudicio) quod commenda hæc à capitulo facta in perpetuum valere deberet, quod non est dicendum, neque asserendum, adhuc Episcopus posset nouam prouisionem facere ex multis rationibus. Prima quia iste commendatarius non erat clericus de Missa, imo neque poterat intra annum ordinari, quia nullum sacrum ordinem habebat, vt ipse fuit confessus, & sic non poterat in anno illo ordinari, quia interstitia Decretorum 11. 13. & 14. sess. 23. concilij Tridentini transire debebant. Neque poterat Capitulum, imo neque Episcopus in eis dispensare, quia nulla aderat causa dispensandi, quandoquidem aderant clerici de Missa idoneiores: & sine causa ex dictis Decretis, & ex glos. & communi *in ca. non est, de voto*, non erat dispensandum, & cōsequenter, non erat idoneus, nec sufficiens ad beneficium illud. Idoneus enim dicitur, qui habet qualitates ad beneficium illud requisitas, *ex tex. Concilij Trid. infra allegandi, & notat Flami. Paris. de resig. benef. lib. 4. quæst. 1. num. 6.* Et nota, quod licet sit commissum prælatis Ecclesiam commendare in fauorem earum, *7. quæst. 1. in capit. pastoralis*, in Ecclesia tamen parochiali hodie innouatum est, vt solum possit commendari pro vtilitate Ecclesiæ ad sex menses, licet non se extendat ad alia beneficia. *secundum gloss. in dicto cap. nemo, & Fran. Marc. decisio. Delphinatus 970. num. 5.* Et ideo quia in vtilitatem Ecclesiæ id fit, temporalis est, & alia resultant, de quibus per Gome. *in regu. Cancella. de publi. resigna. q. 4. versi. & ideo.* Veruntamen † quoties beneficium tale prouidendum est in commēdam, ille cui prouidetur, debet esse tunc temporis in actu & habitu sacerdos, vt possit id ad quod eligitur exercere, *ex tex. singul tri. & expresso in d. ca. nemo deinceps de electione, lib. 6. & ibi Doctores, quem ad hoc allegat Rebuf. in praxi benef. tit. de deuolutio. num. 81. pag. 252. idem tenet Fran. Marcus in d. decis. 970. num. 6.* & maior idoneitas requiritur in commendatario, quam in titulato, *secundum Gamam, tracta. de officio leg. lib. 4. cap. fina. num. 111.* & supradicta sic intelligit Flami. Paris. nouissime, & post hæc scripta *de resignat. benefi. lib. 4. q. 9. num. 37.* & Anto. Cuco *de insti. canoni. lib. 3. c. 6.* cum id, si perpetua commenda sit: nam cum Ecclesia commendetur, vt regatur & gubernetur per commendatarium, qui administratione Sacramentorum obstringitur, *glos. in Clemen. dudum, §. statuimus, de sepul.* cum potestate ligandi, atque soluendi *secundum Innocen. in cap. cum satis, de officio archid.* quod soli conuenit sacerdoti, *c. omnis, de pœniten. & remissio. cap. ad aures de rescrip. vbi Decius c. in nono. 21. dist.* & sic ob hoc onus datur sibi fructus, frustraque vt inquit Gome. *in regu. de idoneitate, q. 5. pag. pen.* in commendatario contemporanea ætas, & ordo sacerdotalis requireretur, *vt dicit Domi. in d. cap. nemo, notab. 1. per tex. ibi: Nisi ad ea tenetur, ad quæ Rector ipse tenetur, videlicet, ad administranda sacramenta parochianis*: &, quia absurdum esset, quod is, cui administratio & gubernatio committitur, alium quæreret gubernatorem, sicut esset absurdum, quod ille, qui est publice præpositus ad consulendum, quæreret consultorem, aliuṁ pro consilio præbendo; turpe est enim nobili & patritio viro ius in quo versatur ignorare, quod est optimum ad inhibitionem, *c. licet canon, de electione in 6. & cap. 12. Concilij Tridentini, sessione 24. de reformatione, & capit. ei cui, de præbendis, lib. 6.* vbi probatur beneficium curatum posse conferri illi qui attigerit vigesimū quintum annum, ita quod intra annum potest sacerdos fieri, idque adeo verum est, vt procedat, etiam si ex fundatione testatoris requiritur, quod ille qui beneficium vel capellaniam debet obtinere, sit in actu sacerdos: nam sufficit, si intra annum ordinetur, *ex tex. cap. 2. de instit. in 6. in cap. si pro clericis pauperibus, de præben. lib. 6.* de quo optime per Ioan. Baptist. Ferret. *consil. 305. volum. 2.* vbi ampliat ad capellaniam patronatam onus sacerdotale habentem annexam, & *ibi, num. 4.* declarat, quæ sit hæc, inquit Naua. *consi. 45. nu. 2. de temporib. ordinau.* quod decretum illud 4. sess. 22. quoad ætatem, non quoad alias qualitates in præbendis & canonicatibus in atria Romana seruatur; tamen omnia ista cessant vbi per viam commendæ tale beneficium sacerdotale est conferendum: nā tunc sacerdoti, & non alij etiam si intra annum possit fieri sacerdos, prout loquitur, *dicto cap. nemo deinceps*, & ibi glos. *sacerdotio*, inquit, hoc esse nouiter introductum, & sic illud intelligit Flamin. Paris. *in dicto num. 37.* & consequenter non est cōtrarium *cap. 2. de institu. in 6.* quod loquitur in patroni præsentatione, vt & inquit glos. facti, *in cap. 1. de constitu. lib. 6. & gloss. 1. in eodem cap. 2. de instit. in 6.* Et quia habens cōmendam dicitur custos & procurator, *secundum glo. commendare, in d. cap. nemo.*

ergo debet habere qualitates vt procurator & administrator esse possit & custos, & Motus proprius Pii Quinti super collatione parochi distinguit has commendas à præsentatione Patronorum, & d. cap. nemo, non est extendendum vltra casum, de quo loquitur, neq; est censendum corrigi per *d. cap. 2. de institu. in 6.* sed vnumquodque in suo casu intelligendum, vt & constat *ex d. glos. sacerdotio*, & cum debeat esse sacerdos talis commendatarius, qualitatem hanc sacerdotis debet habere tempore quo sibi commendatur beneficium curatum: nam † qualitas, quæ aliquem ad actum admittit vel excludit, debet adesse tempore exercitij actus vel electionis, aut præsentationis, *ex tex. & ibi glos. in Clemen. vt ij qui, de ætate & quali. & ex tex. singulari, in c. si eo tempore, de rescript. lib. 6. quem ad hoc allegat Bartol. in l. 2. in prin. ff. de excusatio. tutorum, singularissime per Abb. in cap. cunctis, §. inferiora, num. 10. de electio.* & in facti contingentia plura allegauimus Doctor Gutierrez, & ego, quæ ipse postea in lucem emisit, *in consilio 1. suorum consiliorum. nu. 11. cum sequentibus, & Celsus consilio 59. num. 1. cum sequentibus*, & neque sufficit post interuenire, secundum Parisium *in dicta quæst. 1. nu. 10.* cunque promotus hic non esset sacerdos, imo neq; ordinatus aliquo sacro ordine tempore commendæ, nulla fuit eius prouisio & nominatio, *ex dictis, & ex decreto quarto, sacri Concilij Tridentini, sessione 22. de reform.* ibi: Neque alijs in posterum, fiat prouisio, nisi in ijs qui iam ætatem, & cæteras habilitates integre habere dignoscuntur, aliter irrita sit prouisio: cui, & similis est dispositio decreti 5. sessio. 25. dicti Concilij. Neque dicitur idoneus carens dictis qualitatibus requisitis, vt ex dictis decretis patet ad id consideratis per Gutierrez *vbi sup num. 17.* Secunda itidem ratio ob quam fuit nulla dictę commendæ prouisio est, quia ex decreto 18. sess. 24. Concilij Tridentini de reformatione, & ex Motu proprio Pij Quinti, dignor est eligendus, eo quod in † curatis maior idoneitas quam in alliis requiritur, *secundum glos. curam. in cap. si eo tempore, de rescrip. in 6.* Et cum hæc sit noua dicti Concilij prouisio, vt dignior eligatur in curatis, inducit formam substantialem: nam † quotiescunque lex noua aliquid introducit de nouo cum certis modificationibus, quidquid in ea exprimitur, censetur esse pro forma, *secundum Decium, consi. 612. num. 2. & Octauian. decisione Pedemonta. 164. num. 11. Telli. 2. par. l. 3. Tauri, nu. 15.* Omnisque qualitas à lege requisita censetur de forma substantiali, *secundum Auenda. respon. 14. in fine*, & in dubio talis præsumitur, *secundum Cephalum consilio 421. nu. 49. volumi. 3.* Qua quidem forma substantiali omissa, omnia in contrarium acta nulla sunt, *ex. l. non dubium, & ibi Doctores, C. de legibus, notat idem Cephalus dicto consilio 421. num. 46. cum duobus sequentibus.* Præbendaque sacerdotalis non sacerdoti adferri non potest, *ex. tex. in cap. si cui, de præb. lib. 6. Abbas, & alij relati per Lamber. de iure patro. 1. par. lib. 2. ar. 27. 7. q. princip. nu. 10 pag. 67. col. 4.* curatum autem beneficium sacerdotale est, *ex c. præterea, de ætate & qualitate, & c. licet canon, de electio. in 6 notat Abb. in cap. cum in cunctis. §. inferiora, col. fin. de electione, & ex cap. significatum, de præben.* tex. iuncta glos. *in c. cui, de non sacerdotali, eodem titu. in 6.* vbi probatur, q̃ sacerdotale est, cui onus celebrandi est annexum, sed quod proprius quam curatum, certe nullum. Sed si in nostro casu digniori non fuit prouisum, nulla est prouisio, prout ex dicto decreto Concilij Tridentini colligitur, ibi: *In omnibus supradictis casibus, non cuiquam alteri, quam vni ex prædictis examinatis, & ab examinatoribus approbatis*, iuxta supradictam regulam, de Ecclesia prouideatur, iunctis verbis sequentibus, ibi: *Alias prouisiones, seu institutiones, præter supradictam formam facta, subreptitia esse censeantur, prouisionesque etiam noua, & priuilegia, & exemptiones contraria ibidem excluduntur*, clausula quę † annullatiua declarat omnia ibi adiecta esse de forma, *vt per Loaces in allegatione de mula, dubio 1. fundamen. 7. pro oppido. num. 2. pa. 64.* imo † & de iure tales prouisiones digniori faciendas esse in beneficiis, saltim in conscientia communius & verius testatur Gometius *in cap. 2. de constitu. in 6. num. 22. fallen. 161. in paruis*, vbi plura bona in propositum refert, & quod itidem in iustitia nulla sit prouisio digno, omisso digniori, facta, quoties lex, aut canon requirit, quod digniori prouideatur, tenet nouissime Molina *de primogen. lib. 2. cap. 5. num. 57. ad finem*, & sic vidi iam, cum prouisio cuiusdam beneficij curati in commẽdam vni in cursu aliorum esset facta per examinatores synodales sede vacante, & testimonialia huius prouisionis ad sedem Apostolicam essent per prouisum missa, vt literæ de ea expedirentur, denegatæ fuerunt literæ Apostolicæ, donec in testimonialibus adesset fides, quod illi digniori in concursum prouisum fuerat dictum beneficium curatum, & fide data & missa, sanctissimus Papa confirmauit prouisionem illam & expeditæ fuerunt literæ. Ideo ad hoc aduertant Prælati, & ad infra dicenda. Cũ igitur prouisus hic non fuisset dignior verum neque dignus, ex dictis, nulla fuit prouisio in eum facta, & tanquam nulla, & subreptitia, nihil nocebat prouisioni per Episcopum faciendæ, neq; titulus, possessio, vel præscriptio poterat allegari, existente dicta mala fide, *vt per Petrum Pechium in cap. beneficium, num. 28. cum sequentibus, de reg. iur. in 6.* Tertia vero ratio est, quoniam in hac prouisione à dicto capitulo sede vacante facta, defecerunt examinatores in synodo approbati, & nominati, erant quippe mortui, qui † quidẽ adesse debebant ex dicto decreto 18. *sess. 24. Concilij Tridentini*, & ex dicto motu proprio Pij V. *super collectione & proui. paro. Eccle.* & sic nulla fuit prouisio, vt apparet ex verbis dicti decreti 18. ibi. Transacto constituto tempore, omnes, qui descripti fuerunt, examinentur ab Episcopo, siue eo impedito, ab eius vicario, ac ab illis examinatoribus nõ paucioribus, quam tribus, examinatores autem singulis annis in diœcesana synodo ab Episcopo seu eius vicario ad minus sex proponantur, qui synodo satisfaciant, & ab ea approbentur. Aliter enim inquit tex, ibi: Prouisiones omnes præter supradictam formam, factæ subreptitiæ censeantur. Idq; acrius & fortius refirmatum est per dictum Motum propriũ, vbi nullas, ac irritas & nullius roboris & firmitatis fore iudicatur, & consequenter, Capitulum sede vacante, non potuit transgredi le-

32 leges & præterire formam Concilii, neque † illam potuit per æquipollens adimplere, *ex dictis per Rebuf. in concord. 1. par. ti. de forma. man. appost. in prin. pag. mihi 153. vt Boer. decis. 1. num. 14.* nam regu. illa, nihil refert quid ex æquipollentibus fieri non procedit, quoties † pro forma aliquid disponitur, *secundum Segur. in l. vnum ex familia, §. sed si fundum, num. 14. de leg. 2.* & sic tunc temporis à Toletana Ecclesia, tanquam à metropoli, & in ijs experta, fuit requisitum consilium, quæ responsum dedit, scilicet, quod dum Toletana Ecclesia pastore vacaret, & examinatores deficerent, fuit recursum ad Sedem Apostolicam, pro remedio, ne diutius Ecclesiæ parochiales vacarent, & à Summo Pontifice tunc fuit indultum concessum, vt pro illa vice posset synodum conuocare, vt ibidē nominarentur synodales examinatores, vt validæ essent dictæ commendæ: & sic nunquam prouisus hic potuit obtinere confirmationem suæ prouisionis, etiam si pluries eam procurauit ante aduentum Episcopi.

33

Ex quibus omnibus duo singularia resultant: Primum, quod Episcopus, etiamsi vellet, non posset approbare, neque confirmare commendā hanc à capitulo, nulliter & iniuste factam, & cōtra iuris dispositiones, vt supra probatum est: tū quia † inferior non potest tollere legem superioris directe, neque indirecte, *secundum tex. & ibi glos. & Doctores in Clemen. ne Romani in prin. de electio.* neque † potest Episcopus dispensare contra constitutionem Concilij Tridentini, *secundum glos. in cap. cum dilectus, de electio. & Feli. in ca. nonnulli, in prin. num. 2. in fine cum sequentibus.* tum etiam, quia Episcopus hic non poterat ratificare illud quod suo nomine non erat gestum, *ex cap. ratum, de regul. iur. lib. 6.* præsertim † vbi præiudicium tertio resultaret: tunc enim in tertij præiudicium nihil operatur ratificatio, *secundum Bartolum, in l. aliena res, in prin. ff. de pigno. actio.* tum itidem, quia † quoties actus à principio fuit nullus, & nullo iure valere potuit, non potest ratificari, *secundum Bart. & Orosc. num. 26. in l. obseruare, ff. de offi. Proconf. & Deci. in l. quod in initio. ff. de reg. iur.* & quoties † extremum ad quod, est inhabile, ratihabitio nihil operatur, *secundum Bart. & Orosceum in d. l. obseruare,* eo quod † ratihabitio est fictio, & in fictione requiritur habilitas extremi, à quo vel ad quod, *secundum Bar. in l. si is qui pro emptore, num. 4. & 123. ff. de vsucap. pro emptore. Rebuf. in praxi benef. sub regula de publicis resignatio. glos. 18. nu. 27. & Anto. Gom. to. 2. var. c. 11. n. 30. limit. 3.* & ex hoc inquit Bar. *in l. si vxor. §. si quis vxorem num. 3. ff. de adult.* quod † ratihabitio locum habet rebus integris, & medio non inhabili: & sic etiam Episcopus fecisset actus ex quibus posset coniecturari, quod voluisset confirmare, non esset id præsumendum: quia † non videtur confirmasse id quod non potest, *secundum Abb. in c. prudētiam, num. 19. de offi. deleg. Feli. in c. ex parte Decani, nu. 2. de rescrip.* neque id quod est contra ius, *secundum Bal. in c. in literis, de rest. spol.* Secundum quod ex dictis sequitur est, quod etiamsi Episcopus hic posset ratificare & approbare dictam commendam, non posset cum bona conscientia, eo quod commendatarius erat inhabilis, quia non erat de Missa, neque de alio sacro ordine: & quia omiserant dignìores, & ob hoc extiterat appellatum, prout ex dicto Motu proprio appellare licet: nam vltra quod approbando facerent actum nullum, cum confirmans esset nullum sicut cōfirmatum erat, nullo modo confirmare debebat cum peccato, cum sit communis opinio tam Legistarum, & Iuristarum aliorum, quam Theologorum, peccare † eligentem dignum, omisso digniori, *secundum Sot. li. 3. de iust. & iu. q. 6. ar. 2. quem & alios refert Mencha. controu. illus. c. 43. num. 12.* Id enim possumus quod honeste possumus. Ex quo inquit Rebuf. *in d. 1. p. concor. tit. de electio. derog. gl. idoneiorem, pag. mihi. 61.* quod † legitur de Leone Papa, qui totos cum quadraginta dies ad corpus B. Petri orasset, vt à Domino remissionem peccatorum impetraret, apparuit ei B. Petrus dicens, remissionē peccatorum sibi à Domino obtinuisse, excepta manuum impositione, id est ordinatione, & collatione indignis facta. Et † de Pascasio ibidem refert etiam ipse Rebuf. quod fuit condemnatus, eo quod patrem Laurentij fouerat contra Symmachum, eligendo illum ad Episcopatum, cum posset eligere meliorem: melius est tamen omnia mala pati, quam peccato consentire: igitur nihil cum peccato est agendum, præsertim, per prælatos, qui sunt positi quasi signum ad sagittam; & qui alios corrigere debent, sua facta prius tenentur emendare, vitaque † pastoris debet esse subditis exemplar, *2. q. 7. c. cum pastoris.* Et non sufficit quod prælati ęqualem vitam cum subditis ducāt, *c. si. 8. q. 1.* & Prælatus vilissimus reputatur, nisi sicut honore pręstantior est, ita scientia & sanctitate præcellat, *c. vilissimus, 1. q. 1.* vehementerque Ecclesiam Dei destruit, meliores esse laicos quam clericos, *c. qualis, 8. q. 1.* Prælatusque maiorem zelum debet habere quam alij *vt in ca. officij, 24. q. 1.* Episcoporum enim munus est curā gerere subditorum, & † sic Episcopi Græce, Latine speculatores interpretantur, ideo dicti, quod speculentur populorum mores & vitam, *c. cleros 21. dist. & habetur Actuum ca. 20.* Attendite vobis & vniuerso gregi, in quo vos Spiritus sanctus posuit Episcopos, regere Ecclesiam Dei, quam acquisiuit sanguine suo. Et iterum, Eratis sicut boues errantes, sed conuersi estis nunc ad pastorem & Episcopū animarum vestrarum, *vt 1. Petri 2. in fine.* Ex quibus deducitur, Episcopum non posse hanc commendam confirmare, saltim sine peccato, & iustissime processisse per edicta, & concursum ad prouidendum dictum beneficium, non citato dicto commendatario, qui etiam si bis, *poruia de fuerca*, dederint processum ad Regis Senatum, semper fuit Episcopo remissum, & declaratum vim non facere, me in hoc eius consultore.

CONSILIVM X.

De collegio ædificando, statuta, aliaque per testamētarios vniuersales facienda, relictis patronis per testatorē Episcopo & Ecclesiæ capitulo, mortuisq; dictis testamētariis, absenteq; Episcopo, vel sede vaçāte Ecclesia, capitulū se ad omnia intromisit, ex quo, Episcopo veniēte, de inualidatione actum, est & plura resultarunt dubia.

SVMMARIA.

1 *Episcop⁹, mortuis testamentariis, executor est testamenti.*
2 *Testamentarij officium est personale, & non transit ad hæredes.*
3 *Hæres testatoris potest præuenire testamentarios in executione testamenti.*
4 *Episcopus potest nomine suo nominare executorem testamenti.*
5 *Executio testamentorum quibus personis competat.*
6 *Expensis bonorum testatoris eius testamentum est adimplendum, & ab eis potest testamentarius recuperare id quod de suo pro implemento impendit. num. 7.*
8 *Volens vnum censetur velle & aliud sine quo illud vnum exequi non potest.*
9 *Collegium ex tribus personis fit. & quid collegium. n. 10.*
11 *Ecclesia non dicitur constructa vbi aliquid superest construendum. & n. 12. idem cum aliquid est faciendum.*
13 *Patronus non potest quis dici Ecclesiæ nondum constructæ. nu. 13. & 14. quod non adquiritur ius patronatus, quoties aliquid restat faciendum.*
15 *Episcopi consensus requiritur ad essentiam iuris patronatus.*
16 *Ecclesiæ fundatio non tribuit ius patron. nisi adsit authoritas Episcopi, & an sufficiat tacitus Epis. consen.*
17 *Collegium authoritate Episcopi faciendum ibi, & an tenebitur Episcopus, si consenserit non existentibus personis requisitis.*
18 *Administrator relictus hospitalis construendi non aliter administrabit, quam hospitali constructo.*
19 *Ecclesia nondũ constructa legari aut donari non potest.*
20 *Argumentum sumitur ex propria significatione vocabuli.*
21 *Prius id quod in scriptura est & prolatione censetur expresse & in intentione.*
22 *Patronus Ecclesiasticus an possit exigere rationes.*
23 *Patronus nihil aliud potest quam præsentare & dissipationi bonorum se opponere.*
24 *Patroni consensus non requiritur regulariter in alienatione bonorum Ecclesiæ patronatæ.*
25 *Patrono nisi ex speciali Papæ indulto, vel approbata consuetudine non licet œconomum ponere, neque cõpetit custodia Ecclesiæ vacantis.*

QVidam testator inter alia in suo testamento ordinata & disposita, vnum præcipue ordinauit & disposuit, scilicet, quod in domibus suis fieret quoddam collegium, pro studentibus in sacra Theologia, vel in iure canonico, aut ciuili, & huic collegio bona sua reliquit, & quod ibi fieret capella quædam vbi ossa eius requiescerent, & quod sui testamentarij hæc ordinarent, & ad effectum deducerent & statuta, ac ordinationes collegij, & numerum missarum designarent & constituerent, & ad hoc speciales executores ac testamentarios vniuersales nominauit Garsiam, & Michaelem: & insuper disposuit, quod ipsius sui collegij essent patroni Episcopus & Capitulum Cathedralis Ecclesiæ populi illius, vt eligãt collegas. Contingit, quod mortui sunt dicti testamentarij & absente Episcopo à ciuitate, vel sede vac. capitulum d. ecclesiæ tãquam patronus duos capitulares constituit pro capienda ratione bonorum d. defuncti ab hæredibus dictorum testamentariorũ, & vt recuperarent bona ad construẽdũ collegium. Iis sic stantib: Episcopus redijt in ciuitatem vel electus fuit ad illius episcopatum, & omnia à capitulo constituta reuocauit, dicens, quod ad eum, & nõ ad capitulũ hæc facere, & iubere pertinebat; Capitulum vero contrarium asserebat. Propter quod ortum fuit dubiũ, quæ nã harum partium iustitiam foueret; & in fauorẽ episcopi sequentia allegaui. Primo quod † mortuis dictis testamentarijs, verus testamenti executor erat episcopus, & de iure est planum, *ex tex. in cap. de Xenodoch. de religio. domibus. cap. si hæredes. & cap. Ioannes, de testam. c. nos quidem, eod. tit. l. 5. & 7. tit. 10. part. 6. l. nulli. C. de epis. & cler.* etiamsi testator aliud disponeret, *secundum Aufred. decis. 112. capel. Tolosan. & iterum decis. sexagesima octaua. & per dicta iura ita tenet Specu. in tit. de instrum. edi. §. nunc vero aliqua, num. 42. p. 2. Bertac. in tracta. de Episcop. 2. p. lib. 4. num. 27.* Et ratio est, quoniam † officium testamentarii est personale, & non transit ad hæredes eius, *vt communem testatur Roma. consil. 69. nu. 6. & Pelaez de maiora. 1. p. q. 48. n. 48.* Licet verũ sit, quod hæres † testatoris potest præuenire testamentarios, & Episcopum in executione testamenti, & valebit, *secundum Bal. in d. l. nulli, nu. 6. & ibi Additio. probat tex. in d. l. 7.* Cumque ad hæredes testamentarij non transeat, nimirum quod Episcopus hoc possit, qui est fautor, & suffragator testamentorum, *vt not. in d. l. nulli, & Bal. in l. 1. C. de his quæ pœnæ nomi.* poteritque † Episcopus nominare tunc nomine suo personam, quæ hoc exequatur, *ex tex. in d. l. 7. & Berta. vbi sup. num. 3. & DD. maxime Coua. in d. c. Ioannes,* & † quibus personis competat testamentorũ executio, vltra Cou. & Doctores *in d. c. nos quidem,* vide Rebuf. *in 1. tom. consti. Fran. in præfa. tit. de sent. proui. nu. 77. cum sequen. aliquib.* & cum Episcopo executio hæc cõpetat, mortuis testamentarijs, omnia ad hæc necessaria, & sine quib. executio fieri non põt, censentur cõpetere, *ex l. cui iurisdictio, ff. de iurisd. om. iud.* Et sic ipse Episcop⁹ est ille, qui põt ordinare collegia, stabilimenta ei constituere, & numerũ collegarũ decernere, ac capellã cõstruere, quæ omnia † cum expẽsis bonorum à testatore relictorũ sunt faciẽda, *vt per Cou. in d. c. Ioãnes, n. si.* imo † si testamẽtarij aliquid pro hoc implẽdo expendissent, à bonis defuncti recuperabunt, *secundũ Specu. vbi su. §. nunc vero aliqua, n. 83.* nimirũ, quod ipse Episcopus, vel ab eo deputatus, sit ille qui rationẽ dictã bonorũ capere debeat, & bona defuncti recuperare, & supradicta cõstituere, & nõ ali⁹. Tutissima enim est regula, quod † qui vult vnum quid, censetur velle, & omne aliud, sine quo illud vnum esse non potest, in necessarium antecedens suæ dispositionis, *vt l. nec is. §. 1. l. illud, ff. de acquiren. hæreditate, notat Socinus Iunior, consilio 28. n. 5. volumine. 2.* præsertim cum testator hæc suis commiserit testamentarijs, & sic Episcopo, non vero Patronis.

Secundo, quoniam Episcopus & capitulum de præsenti non sunt in actu, & habitu patroni dicti collegii, vt rationem bonorum eius possint assumere, vel administrationem, & exercitium, tamquam patroni habere; deest enim nunc collegiũ, eo quod deficiunt requisita, vt collegiũ sit, & constructum dicatur: nam deficiunt personæ in com-

9 communi viuentes, quæ † ad minus debent esse tres, *ex l. inde Neratius, ff. de verbo. signif. notatur in cap. 1. de electio.* eo quod in minori numero quam triũ, non potest dari maior pars, *vt inquit Rebuf. infra allegandus.* Insuperque ij tres debent habere sigillum proprium, quod etiam collegij signati est, *de concess. preb. cap. dilecto, de appellatio. ca. significauit.* Item caput, & sic Rectorem, oportet adesse, *secundum Bal. in. Authen. habita. num. 42. C. ne filius pro patre.* Itẽ & communem arcam, quæ est signum collegij, *vt ff. quod cuiusque vniuersita. noml.. 1. §. quibus.* Item proprium locum eis deputatum, vbi negotia cõmunia tractãtur, quod est etiam collegij signum, *vt extra, de preben. ca. tertio loco, tradit Celsus consi. 34. num. 28. & 29. & Mascar. de probationibus conclus.* 584. *Ecclesia collegiata, nu. 3. cum sequentib.* & singularissime Roma. *consil. 436. num 6. & 7.* vbi num. 8. inquit,

10 quod † non aliud est collegium, quam homines præsentes, vel ij qui in locum præsentium subrogantur, *vt ff. de iudi. l. proponebatur, l. si grege, de leg. 1.* vel dic, collegium esse, vt diffinit in societate collegiali, Bal. *in rubr. C. pro socio, vel vt per Rebuf. in d. l. inde Neratius, num. 85. pa. 529. ff. de verborum signif.* Hic autem omnia dicta requisita adesse collegij deficiunt, eo quod nondum sunt personæ nominatę in collegas: non adest sigillum, non arca communis, nec locus deputatus pro tractatibus, & nondum capella constructa est: ergo nondum est

11 constructum collegium; non † enim dicitur Ecclesia constructa vbi aliquid superest construendum, *§. 1. inst. quib. mod. testa infir.* Neque qui vult ædificare, dicitur ædificasse, neque qui vult eligere, elegisse, *secundum gloss. in l. serui electione, de leg. 1.*

12 Nihil † enim dicitur actum, cum aliquid restat faciendum, *l. pen. in fin. C. de his quibus vt indig. ca. 1. de Baptismo,* & perfectum dicitur id, cui nihil addi potest, *secundum Bal. in tractat. schismatis, col. fi.* Colle-

13 gij tamen nondum constructi, & Ecclesiæ † nondum fundatæ, non est quis patronus, neque dicitur talis, *ex tex. expresso, in cap. ad audientiam, 2. de Eccles. ædif. notat Corras. in paraphra. sacer. tit. de iure patrona. num. 3.* Igitur nulli sunt nunc patroni, saltim in actu, & administr: tione, & per consequens capitulum tanquam patronus nihil potuit facere, præsertim sine Episcopo, neque minus vt executor testamenti: quoniam viuente Episcopo capitulum non succedit in officio testamentarij: & sic inquit Citadinus *de iure patronatus, 3. par. causa 1. num. 37.* quod non adquiritur ius patronatus, saltim quoad administrationem ex fundatione Ec-

14 clesiæ, quoties † aliquid superest construendum,

15 præsertim † cum de iure ad essentiam iuris patronatus adquirendi consensus Episcopi omnino requiratur, *ex tex. expresso, & ibi Doctores, in ca. nobis, de iure patro. optime per* Lamber. *de iure patro. lib. 1. q. 2. prin. part. 1. art. 5. in fine, fol. 12.* vbi inquit, id esse de substantia, ac essentia iuris patronatus, fundatio

16 † enim & constructio Ecclesiæ non tribuit iuspatronatus, nisi sit talis, quæ iuris ordine seruato facta sit, scilicet cum authoritate diœcesani & consensu eius neque sufficiat consensum petere, nisi præstetur, *secundum Cardinalem in d. c. nobis,* imo & debet esse expressus consensus, secundum Lamber. *vbi sup. art. 3. nu. 13. & melius art. 6. num. 2.* vbi inquit tacitum non sufficere, neque secundum eũ *ibi, art. 7. num. 2.* præsumitur præstitus in dubio nisi diu Ecclesia sit constructa, & sint ibi aliqua signa eius: nam ordinatio Ecclesiæ ad Episcopum pertinet, *secundum Abb. in ca. suggestum, de iur. patro. per tex. in c. nouerint, 10. q. 1.* collegiumque † sine li- 17 centia Episcopi non potest construi, *secundum Archidiaco in c. Ecclesia, de consecra. d. 1.* etiamsi sit ad bonum finem, *secundum tit. 18. lib. 8. noua reco.* & hũc consensum Episcopus præstare non debet, nisi demum collegio & Ecclesia constructis, puta si est monasterium, ad minus debent esse quinque monachi; si collegium, ad minus tres, secundum ius ciuile, & duo secundum Canonicum; & si aliter fiat, ipse tenebitur secundum Citadinum, *vbi su. num. 4. cum tribus sequen.* & sic habemus intentum ita vt in propositum inquit singularissime Angel. *consil. 135.* Pautius Masiuoli, relatus & sequutus per Menoch. *de adipisc. posses. rem. 4. num. 271.* quod si quis relinquatur executor, & gubernator hospitalis construendi, nullo † modo 18 potest se in gubernatione intromittere, nisi demum hospitali constructo & ædificato, non vero ante. Ex quibus Doctores inferunt *per tex. expressum in c. Abbate, de re iud. lib. 6. teste Bar. in l. seruos, num. 4. ff. de alim. & cib. leg. & Abb. in d. c. ad audientiam. & eodem. Bar. in consi. 26.* quod Ecclesiæ † nondum 19 constructæ legari aut donari non potest, saltim, vt ex nunc, sed vt ex tunc, cum constructa erit, gaudeat, & fruatur legato vel donatione, quę omnia si bene considerẽtur voluit testator hic, tum, dum loquitur per verbum, *collegio,* & consequenter voluit omnia requisita collegij tenere debere: tum etiam, quia in ordine procedendi prius requirit ordinandum collegium per testamentarios, & ordinem collegio præbendã, & numerationem collegarum per eos faciendam, & tunc ijs factis ad eligendos collegas nominat in patronos Episcopum, & Capitulum: igitur perfectionem actus, & sic collegij prius requirit, tam à denominatione verbi, *collegio,* id desumendo, quam etiam ab ordine literæ, & verborum progressu. Quæ † 20 argumenta in iure valida sunt, vt voluntatem testatoris hanc esse ex eis deducamus, prout in propria significatione vocabuli, notat glos. *in l. pen. de leg. 1.* & id † quod est prius in scriptura, seu prola- 21 tione censetur esse & in intentione, *ex l. quoties, ff. de vsufru. & in l. generaliter. & ibi glos. ff. de fideicom. libert. & notat P. Pech. in reg. qui prior, num. 3. de regu. iur. in 6. vbi allegat alios de hoc late agentes,* testatoremque semper secundum ius disposuisse censendum est, *vt notatur in l. quidam. ff. de verb. obl.* Cum ergo testator hic per verbum, *collegio,* loquutus fuit, quod de vero facto ac constituto intelligendum est, istudque per testamentarios construendum, & ordinandum iubet, postquamque hæc & alia dixit patronos in fine nominauit ad eligẽdos collegas, merito dicendum est, tunc demum posse capitulum vt patronum sese inserere post collegij constructionem, & perfectionem, & non antea & per consequẽs omnia antea gerenda, & faciẽda ad Episcopũ tanquã executorẽ testamẽti pertinere.

re. Et sic Doctores asserentes, patronum ecclesiasticum posse exigere rationes administrationis & bonorum Ecclesiæ patronatæ, vel collegii patronis subiecto, loquuntur & procedunt quoties Ecclesia & collegium sunt constructa & in suo esse perfecta: Maxime cum & ipsi DD. dicant, quod à capellano, vel collegis est ratio hæc petenda & exhibenda, *vt apparet ex Decio & Lamber. inf. alleg.* Et hæc etiam fortificantur; nam cui non conueniunt verba definitionis, non conuenit definitũ, *vt per Euerar. in centuria argumen. in loco à definitione ad definitum.* Ius autẽ patronat⁹ est ius honorificũ, onerosum & vtile alicui cõpetens in Ecclesia, pro eo quod de diœcesani consensu Ecclesiam fundauit, construxit, vel dotauit ipse, vel is à quo causam habuit. Quæ quidẽ diffinito nõ conuenit diffinito q̃a nõ est qui prę̃stet honorem, neq; relicta est Ecclesia fundata, neq; cõsensus diœcesani præstitus: igitur nondum adest patronus, saltim in actu, qui rationes exigere possit. Item, dato, licet non concesso, quod hæc omnia cessarent, iura 22 & DD. disponentia, patronum † Ecclesiasticum posse exigere rationes bonorum Ecclesiæ, aut collegij, vltra quod non est hoc adeo tutum, quod infringi non posset, vt licet videre ex Decio *in c. bonæ, nu. 21. de appellatio.* & ex Lamb. *de iur. patro. lib. 3. ar. 5. q. 2. prin. per totum. fol. 5.* vltra hoc nunquã vidi canonem, aut legem, vel dispositionem aliquam concedentem patronis œconomos nominare, rationes minutatim exigere, imo poti⁹ DD. in contrarium allegandi expresse asserunt, quod quamuis patronus Ecclesiasticus possit videre, & se informare, quomodo expendantur prouentus Ecclesiæ, & administrẽtur, non tamen quod possit minutatim exigere rationes, vt ex ipsis Doctoribus patet, maxime ex Rocho, *de iure patronatus, ver. honorificum. num. 100. & 101. & Auend. c. 10. per totum, n. 33 lib. 2. & Rebuf. de congrua portione, num. 40. vsque ad 46. & ex eodem Rocho, verbo, & vtile, nu. 7. & Altamirano, in tract. de visitatione. num. 27. & 31. verbo patroni, fol. 329. per tex. in c. nouerint 10. q. 1.* Nõ 23 † enim aliud potest patronus, quam præsentare, & dissipationi bonorum se opponere, *secundũ Abb. in c. præterea 1. num. 1. de iure patro. & eo relato Altamira. d. verb. patroni, n. 1. fo. 329. in paruis, & Ancha. ibi.* in † a-24 lienatione bonorum Ecclesiæ patronatæ, non requiritur de necessitate consensus patroni, sed de honestate requireretur, ex communi asserta per Roch. *vbi su. ver. honorificum, nu.* 10. contra Rebuff. *in tract. compendij aliena. rerum Eccles. nu. 90.* & per consequens non potest patronus etiam Ecclesiasticus œconomos nominare, aut ponere, sed omnia hæc, exactio scilicet, minuta rationũ, & administratorum appositio, & nominatio Episcopo reseruantur, qui est verus executor voluntatum piarum, & exactor rationum, *vt apparet ex c. 8. & 9. de refor. sess. 22. & ex c. 18. sess. 24.* In patronatis etiam Ecclesiis datur licentia Episcopis proponendi vicarium, & gubernatorem interim 25 quod prouidetur, patronoque † nisi ex speciali indulto Papæ, vel approbata consuetudine non competit custodia Ecclesiæ vacantis neque ponere œconomum, *secundum Abb. in c. cum vos. nu. 42 de officio ord. relatum per glo. pen. l. 11. ti. 5. par. 1. & Altami. vbi su. nu. 26. fol. 329.* Neque obstat quod capitulum hoc prouisit hos commissarios Ecclesia vacante, tum, quia hæc tanquam patronus, cum nondum esset, prouisit, tum etiam, quia etsi tanquam executor testamenti id prouideret, eo quod esset iurisdictionis, tamen, quia hæc procedunt ex particulari dispositione testatoris, neque vlla datur distributorum negligentia, non succedit in eis capitulum sede vacante, vt dixi *in additione ad Curiam Pisanam de decurio. lib. 1. cap. 8. num. 10. cum seq. & in terminis tenet Paul de potest. c. sede vacante, 2. p. q. 7. versi. respondeo quod, & sic declarabis dicta per Francum, in c. 1. de maio. & obed. lib. 6. colum. 4. vt alibi diximus.* Ex quibus, siue esset capitulum sede vacante, siue non, supradicta iuridica mihi visa fuerunt pro Episcopi parte defendenda, præsertim cum capitulum tanquam patronus, non vero aliter, dicta disposuerit.

CONSILIVM XI.

In materia. Capituli sede vacante.

SVMMARIA.

1 *INtroducta fauore, præmio, vel respectu certæ personæ nõ vltra extendi.*

2 *Dispositio non extenditur de vna ad aliam personam, neque ad casum. numero 2. & 3. ampliatur.*

4 *Capitulo sede vacante non competunt speciali iure Episcopo concessa, & nu. 7.*

5 *Capitulum sede vacante non succedit in mandatis Episcopo neque in ijs quæ iure accidentali, nu. 6. neque in iurisdictione delegata. nu. 8.*

9 *Capitulum sede vacante non succedit in executione testamentorum Episcopo de iure speciali pertinente.*

10 *Testamenti vna pars aliam declarat, & præcedentia sequentia num. 11.*

12 *Testatoris eadem mens censetur in vna parte quæ in alia.*

13 *Verba in dubio secundum consuetudinem loquentis intelliguntur.*

14 *Capitulum sede vacante solum succedit in iurisdictione ordinaria necessaria.*

15 *Capitulum sede vacan. succedit & in ijs, vbi imminet periculum.*

16 *Capit. sede vac. tantum est administrator necessarius & non voluntarius.*

17 *Capitu. sede vac. solum in casibus à iure permissis succedit Episcopo mortuo.*

18 *Testamentariis non currit annus, maxime ad distribuendum ante monitionem.*

ET quia præsens consultatio præcedenti conuenit, immediatè subiicio hoc dubium in facto contingens. Episcopus bonæ mem. Petrus Ponce de Leon, dum regeret Ecclesiam nostram Placentinam, suum vltimum condidit testamentum, vbi bona sua iussit vendi, & census annuos emi, & quotannis distribui

bui pro maritandis puellis, & pro eleemosyna pauperum, & nominauit distributores horũ numorum prælatos successores in eadẽ Ecclesia vel vicarios eorum, & Priorem Dominicæ religionis in conuentu & monasterio sancti Vincẽtii, huius nostræ ciuitatis, & Guardianum sancti Francisci nunc & in perpetuum. Quibus sic peractis obiit & temporibus labentibus vacauit sedes Episcopalis dictæ Ecclesiæ, & capitulum sede vacante voluit se admittendum pro distributione dictarum eleemosynarum vna cum dictis religiosis; qui quidem religiosi contradixerunt capitulo, & fuit lis super iis disceptata; & potius de facto quam de iure capitulum se circa hæc intromisit. Nam in fauorem dictorum religiosorũ, & quod capitulum non erat admittendum, sequentia allegaui, ex quibus id constabit clare, tam ex defectu rationis, in qua capitulum se fundat, & eius Prouisor, ac Vicarius in spiritualibus, quam ex authoritatibus glossarum, ac Doctorum, & opinionis communis, & ex voluntate testatoris sic volentis ex sequentibus. Primo, quoniã ratio in qua capitulum sede vacante & eius vicarius se fundant, scilicet ratione communionis ac coniunctionis inter Episcopum & capitulum suum existentis, *ex c. quanto, & c. ea noscitur, de iis quæ fiunt à præla. c. cum non liceat, de præscriptio.* Hæc enim ratio deficit, vbi deficit coniunctio hęc & communio, & sic deficit omne fundamentum Capituli. Et quod deficiat, patet: quoniam dictus Episcopus testator solum vocat prælatum successorem suũ in sua Ecclesia & episcopatu, & eius vicarium; & nihil de Capitulo dicit: igitur cessat dicta communio in hoc casu: quoniam priuilegium personale cessat & extinguitur cum persona, *c. sane, de priuil. lib. 6. c. priuilegium, de regul. iur. lib. 6.* & quod speciale est in vno casu non debet in alio verificari, 1 quodque † principaliter fauore, præmio, vel respectu certę personę est introductum, non debet ad alias personas extendi, *l. quod vero. l. ius singulare, ff. de legi. l. 1. ff. ad municip. reg. quæ à iure, de reg. iur. in 6. gl. in c. præsenti, §. loca, ver. specialiter, de praben. li. 6* Dispositioq; † non est extendẽda de persona ad personã, neq; de casu ad casum, *l. si vnus. §. ante omnia, ff. de pact. l. si quis ita ff. de testam. tutel. l. fideiussores magistratuum, ff. de fideiuss.* etiam ex disponentis verisimili mente; *vt d. l. si quis ita, §. pen. bonus tex. in l. si ita scritum, vers. quod non est è contrario, ff. de leg. 1. cum aliis. notat Ant. in l. Gallus, §. & quid si tantum, n. 18. ff. de lib. & post. Decius consi. 291. n. 6. & consil. 377. col. 2. n. 2. & 3. & 5. cum aliis, de quibus singulariter per* Ias. *consil. 220. col. 3. ad finẽ, libro 2.* vbi ad hoc ampliat, dato † quod eadem ratio militaret & præsumpta mens testatoris in alia persona, & dato etiam, quod testator, si fuisset interrogatus de alia persona, idem verisimiliter de alia respondisset: nam etiam iis omnibus concurrentibus (*secundum eum ibi*) minime fieri debet extensio de vna persona ad aliam, *de quo late per Paris. consil. 87. vidi & legi, numer. 12. cum sequent. libro secundo, & optime per Crauet. consil. 161. n. 11. cum sequent. pluribus*; & limitatus casus limitatum producit effectum, *l. in agris, ff. de acquirend. rerum domin. Lage cum Geminiano, C. de transactio.* non enim est nostrum dispositionem extendere, *dict. leg. fideiussores magistratuum, §. pro Aurelio.* Sed sic est quod fundator vocauit pro distributione facienda dictos Priorem, & Guardianum, & Prælatum suæ Ecclesiæ successorem suum: igitur non vocauit aliam personam, & sic nec capitulum sede vacante, nec prouisorem suum, neque ad illos est extensio facienda, etiam si probaretur fuisse de mẽte testatoris, vel quod militaret eadem ratio, vel idem esset dispositurus, si interrogaretur cum ex speciali prouisione & dispositione, id Episcopo, & eius Prouisori competat, quo casu capitulo sede vacante, & eius Prouisori non competit, cum vnio & communio inter Episcopum & capitulum in hoc dari non possit; & sic † capitulo sede 4 vacante non cõpetit potestas creandi Doctores, vel Licentiatos, si Episcopo de iure speciali ius eos creandi competat, *secundum Abb. in capit. cum olim, de maio. & obedien.* sicut † & in mandatis Episcopo 5 non succedit capitulum sede vacantẽ, *vt pulchre per Felin. in eodem cap. cum olim, & iterum in capit. eam te, columna decima sexta, versicul. in mandato, de rescript. & in ca. irrefragabili, de offi. ord.* Ex quo inquit ipsemet Felin. *in dict. cap. eam te*, quod † non succedit 6 capitulum Episcopo, in iis, quæ ei competunt iure accidentali, quod ipsemet Felin. plura allegãs *in c. verum, de foro comp.* ampliat, etiam si essent de iis, quæ iurisdictionis sunt; licet Episcopo succedat capitulum in iis, quę sunt iurisdictionis ordinariæ, *ex cap. 1. de maio. & obedien. in 6. & c. 2. ne sede vacan. & not. in cap. 2. ne præla. vices suas.* Non † ta- 7 men succedit in iis, quæ de iure delegato, vel speciali Episcopo competunt, *secundum gloss. & Doctores, in Clement. 1 de hæreti. verbo, capituli. cap. fin. de priuileg. in 6. probat Frederi. de Senis consil. 70 volumine primo, & Abbas in dict. cap. cum olim, & Rebuf. in praxi. benefi. titul. de deuolutio. numer. 68. pag 290. & Maranta in pract. distin. 5. numer. 66. pagi. 135.* & Francus *in cap. 1. de maiori. & obedien. in 6.* adeo, vt secundum eum, *ibi, columna quarta in prin.* etiam † si Episcopo 8 competat de iure iurisdictio delegata non succedit capitulum, & hanc ibi testatur communem opinionem, & sic in nostris terminis, scilicet, in † 9 executione testamentorũ iure speciali Episcopo competente, quod non succedat capitulum sede vacante, tenet Paul. *in tractã. de potestã. c. sede vacante, 2. part. q. 7. versi. Respondeo, quod Specul. in fin. ex Bar. in l. qui liberis, ff. de vulga.* Et sic est declarandum dictum Fran. *in c. 1. de maio & obed. in 6. col. 4.* dum dicit, quod capitulũ succedit in potestate exequendi testamẽta; nam id verum est, nisi in iis, quæ iure speciali competunt, prout hic, vbi testator ad specialem, ac particularem dispositionẽ & distributionem, Episcopum successorem suũ vocauit.

Quibus non obstat id quod ex aduerso dicebatur, quod testator hic vocauit prælatum, & quod appellatione Prælati venit capitulum: nam id verum, nisi aliud ex testamento constet, & ex consuetudine testatoris vocantis Episcopum Prælatum, prout hic constat, ex testamenti quadã parte: nam dum in testamento facit mentionem Ecclesiæ Cathedralis Ciuitatensis, inquit, vbi fui Prælatus: fuerat enim ibi antea Episcopus. & sic

Episcopum Prælatum vocat,& alibi,vbi Ecclesiæ suæ Placētinæ,vbi ipse se esse Prælatū asserit, quędam legata facit:itē, quia sic erat consuetudo eius vocandi Episcopos,Prçlatos,&non alios,& sic in aliis testamēti partib. intelligitur loquutum fuisse:nam vna † pars testamēti declarat aliam,*l.vtrū, cum similibus,ff.de petitio.hæredi.l.qui filiabus, in prin.& ibi Doctores,de leg.1.Bar.Soc.cōs.77.col.2.vol.3.*& † sicut præcedentia declarant sequentia:ita, & è contra, *l.si seruus plurium,§.fi.de leg.1.*Ex prçcedentibusq;& sequentib.sumitur interpretatio testamēti,& † ea mens censetur testatoris in vna parte testamenti, quæ fuit in alia,*iuxta dicta per Bar.communiter approbata,in l.centurio.col.9.vers.vel quid si in præcedentibus, ff.de vulga.notat Soc.Iun.cons.101.n.7.vol.1.* verbaq; † in dubio, secundū consuetudinem loquentis intelliguntur,*tex.in d.l.si seruus,§.fi.Bar.vbi sup.& idem Soci.Iun.cons.81.n.58.vol.3.*præsertim, ꝙ † capitulū sede vacāte solum succedit in iurisdictione ordinaria tali,ꝙ sit necessarium,vt exerceatur,*secundū gl.in d.clem.1.de hæreti.tenent omnes moderni, in d.cap. cum olim,teste .Lamber.de iure pat.lib.1.art.9.2.q.princ. 1.part.fol.14 n.1.in nouis,*& sic vbi † imminet periculū & præiudicium,*vt inquit Rebuf.vbi supr.n.86.pag. 253.* Capitulum .n. † sede vacante tantum est administrator necessarius;non vero voluntarius,*secundū Bote.de synodo,3 par.n.34.fol.31.in paruis,vbi hanc communem testatur sententiam.* Imo est regula quod † solū in casib.à iure expressis capitulum succedit Episcopo mortuo,secundum Lamber.*vbi sup.lib. 2.arti.14.2.q.princip.1.par.nu.13.fol.10.*semperq; secundum eum *in d.art.9.n.5.*interpretandum est in casib.dubiis contra capitulum, & ita tenere modernos asserit.Hic tñ non est de casib.expressis in iure,neq; est necesse capitulū se in hoc intromittere,quia Prior &Guardian⁹ id exercere possunt: neq; est necesse ad hoc expectari Episcopum electurum quandoquidem in iis duobus,Priori,scilicet,& Guardiano remansit potestas distribuendi,*ex tex.in c.religiosus,§.sane,de test.in 6.*imo,& vnus eorum posset,si aliter esset negligens,*ex dictis per Franc.in d.§.sane,vers.sexto nota,& in vers.in eadē glos. ibi:sibi prouidit,*adeo ꝙ & plus est,quod si ij duo patres non possent distributionē hanc facere nisi cū Episcopo venturo,esset expectādus, ex dictis per Lamber.*d.art.14.n.17.fol.11.*vbi & dicit, ꝙ etiam si cum consilio Episcopi tenerentur hanc distributionem facere,ipsi duo poterant adimplere,si erat periculum in mora, & per consequens capitulū sede vacāte nihil in hoc potuit facere,neq; in hoc se de facto intromittere,prout se intromisit,neq; potuerunt ii patres de negligentia argui,quandoquidem cōsueto tēpore id perficere & distribuere intenderunt,præsertim, quia vt de negligentia argui possēt,monitio requiritur, & sic ante † monitionem nō currit annus, maxime commissariis ad distribuendū *secundū Boer.dec.39.n.24.& cōmunē testatur Abb.cōs.59.col.fi.vol.1.*& sic nō data negligētia cessant dicta per Cou.*in c.cū Ioannes,n.2.de testā.*Quib quidē satis manifeste apparet de iustitia dictorum distributorū,& iniustitia capituli sede vacante,tam in hoc quam in præcedēti consilio.

CONSILIVM XII.

De materia canonicorum expectantium & concurrentium ad prælationem in fructibus præbendæ & proprietate titulorum in data.

SVMMARIA.

1 *Clausula cuiusdam statuti,in quo fundatur præsens lis, n.1.2.& 3.Et casus,n.4.*
5 *Dubia in hoc consilio agitanda & examinanda.*
6 *Possessio data virtute vnius sententiæ à qua appellatur, dicitur attentata & n.7.ampliatur.*
8 *Possessor non debet manu tenere quando possessio est attentata.*
9 *Præbenda oritur ex canonia, sicut filia ex matre.*
10 *Prabēda iurib.pertinēt stallū in choro& loc⁹ in capitulo.*
11 *Concessio realis dicitur quando sub nomine loci, non vero personæ conceditur.& n.19.*
12 *Nominatio prima præferenda est & n.13. Habens primum esse habet primum frui.*
14 *Aqua concessa duobus,si deficiat,primo cui conceditur debetur.*
15 *Antiquitas in vno momento consideratur,& num.16. Quod sufficit id constare ex confessione.*
17 *Confessio in beneficialibus non tribuit titulum, vbi cū, n.18.declaratur.*
20 *Inferior à Papa non potest dare expectatiuas.n.20.& n.21.ampliatur.*
22 *Reale quod est transit in quemlibet rei possessorem.*
23 *Clausulæ(anteferri)prærogatiua,& 24.& n.40.cū 4.sequent.& n.44.*
25 *Ordinatus per Papam,quia dignior,præfertur ordinatis ab Episcopo.*
26 *Miles vel Doctor creatus per Imperatorem vel Papam præfertur creato ab inferiori.*
27 *Canonicus creatus per Papam præfertur creato ab Episcopo.Et idem nominato,n.38.*
28 *Prouisio facta ab Episcopo præfertur factæ à vicario.*
29 *Regula qui prior, non habet locum quando est dispar causa creditorum.*
30 *Actionem realem habens,præfertur habenti personalē.*
31 *Receptus per Papam habet ius in præbenda vacatura pro quo est affecta,& n.33.Inferiores vero à Papa solum possunt dare actionem personalem, nu. 32. Intellectus,c.si à sede,de præb.in 6 n.34.35.36.& 37.*
39 *Prouisus quis non dicitur authoritate Apostolica ex literis facultatis.*
43 *Ius ad rē datur per expectatiuas in beneficiis vacaturis.*
45 *Prouisiones & possessiones cōtradictæ nihil opitulātur.*
46 *Verba quatenus quid sit in vsu,inducunt conditionē, Declara vt ibi,& n.47.*
48 *Possessor triennalis non potest molestari neq; potest ei quidquam opponi.*
49 *Papa cōcedēdo aliqd nō videtur à se potestatē abdicasse.*
50 *Prouisus à Papa præfertur prouiso à priuilegiato,etiam si sit posterior.*
51 *Statuto aut consuetudine varia & contraria non potest quis vti,& n.52.*
53 *Consuetudine induci nō potest vt ius quæsitū tollatur.*
54 *Acceptatione beneficij an expectatiua extinguatur.*

PLures canonici expectātes, & supernumerarij vulgariter vocati,canonici ventosi, vel titulares concurrunt ad præbendam vacantem, vt fructus eius canonicatui ac titulo ventoso applicarentur & adiudicarentur, quilibet eorum intentans pro se & petens implementum hoc, demonstrando titulos suos: Petrus vero canonicus vnus

vnus eorum demonstrat titulum Apostolicum, cum clausula anteferri, & alijs derogatorijs, & petiit ipsum præferri in assecutione vacantis præbendæ: capitulum vero sede vacante eum exclusit & admisit alium expectantem antiquioris tituli, sed ab ordinario habiti, non vero à Papa propter quod extitit appellatum tunc & ante prouisionem, si aliud fieret, & hoc non obstāte capitulum prouisis à se possessionem præbuit. Propter quod de duobus extitit dubitatum, num capitulum attentauerit contra appellationem. Secūdo quis istorum iustitiam foueret: Et pro clariori dicendorum intelligentia quinq; sunt supponēda. Primo præsupponitur in facto, quod fundata nostra Ecclesia Cathedrali Placentina, & in ea existentibus canonicatibus, dignitatibus, & portionibus, Ægidius Cardinalis ex commissione Innocentii III. Papæ, concessit bullam siue statutum, quod vocatur fundamentale, in quo inter alias adest vna clausula in hunc modum: Cū † autem in locū vacantium portionum aliqui fuerint assumendi de seruitoribus chori benemeritis de ciuitate, vel diœcesi oriundi, in quos Episcopus & capitulum, vel maior & sanior pars consenserit, assumantur, neq; ad hoc alij admittantur, dum ibidem idonei poterint reperiri, ad canonias etiam vacantes de prædictis portionariis benemeriti & non alii, per Episcopum, & capitulum assumantur. Secundo † supponitur, quod postea aucta Ecclesia, & auctis redditibus præbendarum, visum est Episcopo D. Bernardino augere dignitates, & nouem canonias, & quinque portiones, quibus dignitatibus, canoniis & portionibus augmentatis, fructus præbendarum in posterum vacantium adiudicarentur & applicarentur, extrahendo à qualibet dignitate medietatem fructuum duabus canoniis applicandorum, & interim quod fructus ij applicabantur, ij nouem canonici haberēt stallum in choro, y capas, y vestidos, y admision al altar, sicut alii canonici, & augmentum hoc fuit confirmatum à Papa Adriano. Tertio † supponitur, quod post dicta fuit orta lis inter Episcopum & capitulum super prouisione dictarū canoniarum, & Apostolica scripta à Papa Clemente fuit commissa prouisio Episcopo, & capitulo, seruata constitutione Cardinalis Ægidii in primo supposito relata, cum clausula, quatenus sit in vsu, & in nulla harum bullarum fuit facta mentio circa applicationem fructuum, à quo esset facienda, nisi tantummodo id quod supra relatum est, scilicet, quod à præbendis vacantibus medietas fructuum extraheretur, vt applicaretur canoniis nouiter erectis. Quarto supponitur, quod ex dictis nouem canonijs auctis in dicta Ecclesia ex dicta bulla Adriani, quatuor illarum prouisæ fuerunt per Papam, & habent iam fructus applicatos, & possessores earum pacifice illis fruuntur. Quinto & vltimo suppones, quod quinque canoniæ restantes, ac remanentes vacuæ, prouisæ fuerunt per Episcopum d. Ecclesię Placentinæ D. Gutierre de Caruajal, secundo die mensis Augusti, anni 1545. & prouisi in quinto die dicti mensis Augusti titulos suos præsentarunt, & admissi fuerunt, & possessionem acceperunt ordinatim. Prima enim canonia fuit prouisa cuidam Balthasari, secunda Roderico, tertia Michaeli, quarta Alphōso, quinta Didaco, clericis, quibus quidem iubetur fructus dictos præbendarum vacantium esse applicandos, quoties vacare contigerit, secundū formam d. bullæ Adriani.

His sic suppositis: contingit, † quod per mortem D. Garsiæ Thesaurarii dictæ Ecclesiæ Placētinæ, vacauit eius præbenda, à qua quidem ex vi dictæ bullæ Adriani medietas fructuum erat detrahenda, vt applicaretur duabus ex dictis canoniis vacuis, & ventosis, siue titularibus, vt alii dicunt, & vt melius fieret applicatio, iussum fuit affigi edicta, vt intra terminum in edictis pręfixum titulos suos dicti quinque canonici ventosi titulares & expectantes pręsentarent, vt medietas dicta duobus ex eis melioribus in iure applicaretur, intra quem quidem terminum ij quinque canonici titulos suos præsentarunt, qui quidem fuerunt Alphonsus, Petrus, Gundisaluus, Christophorus, Saluator; vnusquisque eorum petens sibi potius, quam alteri applicationem faciendam, & Petrus præsertim, dicens se omnino præferendum, eo quod habebat titulum Apostolicum, & cum clausula anteferri, & aliis derogatoriarum derogatoriis, & quod successerat in titulo canoniæ prius in dicto ordine ab Episcopo don Gutierre prouisæ vni ex ibidē nominatis in quarto præsupposito, in cuius prouisi locum ipse Petrus successerat, & quod tituli aliorum erant ab Episcopo prouisi, alii vero dicebant, quod eo quod d. P. successerat in locum vnius ex dictis nominatis à d. don Gutierre Episcopo, & per consequens titulus sui prędecessoris erat extinctus per mortē, quod ex dicto extincto titulo nullam antiquitatis prærogatiuam acquirere poterat P. ipse, & quod ipsi ante eum adepti fuerant possessionem, & quod erat locus gratificationi. Tandem capitulum ipsum tunc vacāte sede prouisit & applicauit fructuum medietatem d. Thesaurariæ Canoniis Christophori, & Saluatoris, à qua prouisione tūc sicut antea P. ipse appellauit in tempore & forma, & protestatus est innouata & attentata, & auxiliū de la fuerça. Ijs tamen spretis capitulum dictum prouiso à se possessionem dedit. Dubitatum † fuit de duobus: Primo an facta à capitulo post appellationes P. esset annullanda. Secundo an dicta prouisio & applicatio fuerit iusta, & an esset prius facienda in fauorem P. quam aliorum oppositorum: Et in fauorem Petri allegaui sequentia, cuius iustitia fuit in Rota habita vt clara & ei applicata pars fructuum, ex sequentibus.

Primo, quia sententia capituli applicationis dictorum fructuum in fauorem dictorū Christophori, & Saluatoris, habet vim diffinitiuæ, imo proprius dici potest diffinitiua, & non potest exsequi appellatione pendente, & si exsequatur, facienda est reuocatio per viam attentatorū, *ex tex. in ca. non solum, de appellatio.* & in terminis in causis beneficialibus tenent domini de Rota, *in pluribus locis*, quod quando lis est introducta inter duos, si in † fauorem vnius fiat institutio, vel per vnam senten-

fententiam detur poffeffio appellatione pendente, quod talis poffeffio detur pro attentata, *prout refert Lancello in tract. de attentatis, 2. par. ca. 12. nu. 79.* 7 quod in tantum procedit, quod † etiam fi ex parte poffefforis opponatur de notorio defectu proprietatis, ad huc tunc reuocatur per viam attentatorum, fed nõ reftituitur poffeffio collitigitanti, fed ponitur beneficium apud fequeftrum, *fecũdum decif. Rota, 2. in nouis ad fin. de reftitutione fpoliato. Coua. in pract. c. 23. num. 4. verfic. 5. hac reuocatio. ad fin.* & eft expreffa, *l. 36. tit. 5. del Prefidente y Oydores, libr. 2. recop.* vbi difponitur in fimili cafu & lite, quod reperta appellatione iufta, omnia deinde facta reponenda funt, & non folum hic eft iufta appellatio, verum & poffeffio poft data, eft attentata, *vt in c. fi poftquam, de preb. li. 6. ibi, collatio in tuum præiudicium attentata nullã obtinet firmitatem. & faciunt per me dicta in tract. Decurio lib. 2. c. 4. num. 14.* Et non obftat dicere in cõtrarium, quod nulla lis fuit introducta fuper iis appellationibus, vfq; dum data fuit poffeffio, & fic quod vfq; dum lis finiatur, debent in poffeffione remanere: quoniam clarũ eft litem fuiffe fuper iis, quandoquidem omnes expectantes fuerunt vocati, & titulos fuos præfentarunt, & allegauerunt de iure fuo, & fuerũt recepti ad probandum, & quando hoc non effet factum, fed ftatim daretur poffeffio, nullum iuris haberet adminiculum talis poffeffio tanquam viciofa, *l. improba. C. de acqui. poffeſ.* Soci. *confil. 67. numer. 10. libro 3.* cum mul is aliis de quibus per Lancello. *vbi fup. 2. par. c. 4. declara 4. n. 49. & 50.* vbi concludit, quod 8 † quando poffeffio eft attentata & viciofa, quod non debet manu teneri poffeffor. Et quod poffeffio fit viciofa & attentata probatur ex tex. *in d. c. fi poftquam, de preb li. 6.* & ex dicẽdis in progreffu, præfertim cum capitulũ hoc proceffcrit fede vacãte, aliter enim Epifcopus debebat effe cum eo, & hoc quoad primum punctum.

Quoad fecundum vero de iuftitia puncti principalis in fauorem d. P. facit, quoniam hæ canoniæ, fuper quibus nunc litigatur, fuerunt eædem, quas dictus Epifcopus don Gutierre prouifit dictis quinque Canonicis: & quamuis verum fit, quod fuerunt in vnomet die erectæ per fanctitatem Papæ, tunc in fella Romana refidentis, & in altero die fuerunt prouifæ per Epifcopum, poffeffio tamen fellæ in choro, & ftalli in capitulo, & expectatiua ad applicationem fructus facienda tempore cõtingentis vacationis dignitatum, datæ fuerunt die & horis & ordine fupra defignatis in quinto præfuppofito, numerando, 1. 2. 3. 4. & 5. & abinde vnaquæque ex dictis canoniis titularibus habuit ius ad appellationem fructuum, dicta ordinis prærogatiua attenta, ita vt primæ nominatæ & tradita poffeffione, daretur antiquitas, refpectu fecundæ, & fecundæ refpectu tertiæ, & fic refpectu aliorum tunc & in pofterum: nam argumentum ab ordine eft validum in iure, *& per* 9 *Euerar in cent. locorum loco ab ordine*, & † quia præbenda oritur ex canonia, ficut filia ex matre: quia eo ipfo quod eft canonia, debet fructus habere, *ex tex. in c. relatum in fin. de preb. in cap. dilectus, de conceſ. preb. not expreffe Hoftien. in fumma, de preb. §. 1. Rota noua, de refcrip. 33. nu. 1. & de conceſſio. preb. in antiquioribus, 11. num. 8. cum fequen. in codicibus moderniorib.;* & fic ftatim quod erectæ fuerunt à Papa Adriano, applicata eft eis ftatim præbenda. Et hoc eft vnum ius reale acquifitum ab ipfifmet canoniis ab illo tempore. Ponamus enim quod antequam Papa vel Epifcopus prouideret eas, poft erectionẽ earum, vacarent tot dignitates dictæ Ecclefiæ, ex quarum fructibus omnes impleri poffent, nõne clarum eft abinde fructus affectos applicatos effe dictis canoniis, etiam fi in eis non adeffent canonici nominati? igitur præbenda & fructus canoniæ eft ius reale ipfius canoniæ, & non perfonale ipfius canonici, & fic inquit optime Hoftien. *vbi fup.* quod † ad ius canonicatus pertinent præbenda, ftallum in choro, locus in capitulo, *ex iurib. fupra relatis.* 10 Quod etiam probatur ex eo quod quãdo † conceffio facta eft fub nomine qualitatis vel 11 loci & non fub nomine proprio perfonæ, dicitur conceffio realis, *tex. eft vbi notat Abb. numer. 4. & 8. in capit. quoniam Abbas, de offic. delegat.* Hic tamen conceffio facta eft à Papa Adriano medietatis fructuum dignitatum vacantium pro tempore, ipfis canoniis: ergo ipfæ habent ius reale ad fructus, & quia prima illa erectio non poterat adimpleri ab vna vice, ab illo momento quo fignatum fuit ftallum in choro & locus in capitulo, vnicuique ex dictis canonicis ibidem nominatis, vnaquæque canonia remanfit cum illo iure reali antiquitatis declaratæ ex vi ordinis præftitæ in nominatione earum & canonicorum: vt gradatim, & fic per antiquitatem ordinis, & prærogatiuam eius fieret dictis canoniis applicatio fructuum, ita, vt etiam fi canonici nominati perirent, fubrogati, & pofiti in locum eorum, gauderent vtique dicta prærogatiua antiquitatis fuæ canoniæ conftitutæ ex ordine nominationis & erectionis, & fignationis ftalli in choro & loci in capitulo, vnicuique enim canoniæ fella in choro & capitulo fuit defignata & tanquã primo defignata debet prius impleri. Prima .n. † nominatio præferenda eft, *ex cap.* 12 *eam te, de refcript. c. fi eo tempore, eod. tit. in 6. l. quoties, ff. de vfufruct. & cap. mandato, de preb. in 6.* Nam quãdo funt plures recepti in canonicos ad primã vacaturam præbendã, debetur primo recepto, *fecundũ Abb. in capit. cum M. nu. decimo quarto, de conftitutio.* & † qui habet primum effe, habet primum frui, & 13 primum gaudere, fecundum Bald. *in leg. fi plures, C. de condi. infertis.* Ex quo ipfe determinat quæftionem in fimili, quod fi Princeps conceffit duobus aquam publicam pro molendinis, quod fi † 14 aqua ambobus non fufficiat, quod gaudebit ille, cui primo conceffio facta fuit, quem fequitur Iaf. *confilio centefimo nonagefimo fecundo, num. 2. verfic tertio facit, volum. 2.* & in beneficialibus notat Rebuf. *in tract. nominatio. quaſt. 21. in princ.* & quamuis in vnomet die poffeffio præftita ac data fuit per Epifcopum don Gutierre, vt in quinto diximus præfuppofito, fufficit † tamẽ quod antiquitas detur vno 15 momẽto, *iuxta gl. in cap. duos, de refcript. in 6. verf. fi nõ appareat,* & eft cõmunis opinio, *fecundũ Caftiador. decif. 20. de prebend. & ex gloff. in leg. fi ex pluribus, §. fin. ff. de folutio.* & fic gratia prior eft attendenda, *fecundum*

cum tex. in c. si à sede, de prebend. in 6. Vnde vt inquit Rebuf. in tract. de pacific. possess. nu. 299. in antiquis, cautela est, vt de certa hora probatio fiat per testes, & valebit quidquid Rebuf. vbi sup. male con-
16 trarium voluerit, imo † & ex partiũ confessione id constare potest, vt ait glo. si non appareat. in dicto capit. duobus, quam sequuntur Doctores., ibi, & in di-
17 cto cap. si à sede. Neque obstaret quod † confessio in beneficialibus non tribuit titulũ, vt in cap. cum qui. de eo qui mit. in posse. in 6. & gl. in fi. in cap. si. de crimi falsi, tradit Rota, 42. de testibus, in nouis, & Boer. consil. 40. & Gomesi. de triennali possess. quaest. 36. quia secundum omnes in dicto capi. si à sede, & in dicto cap. duobus, hoc
18 est verum in titulo & iure pleno, secus † tamen est quoad qualitatem, & prælationem, & circunstantias aliquas, quia tũc bene prodest confessio partis, prout inquit & tenet Staphil. de lite grat. & iust. titu. de offici. & potestate. leg. n. 29. & Cassiado. vbi sup. & iterũ in decis. 1. nu. 2. regulæ Chancella. de reseruationibus: Ergo præferendus est dict. P. Canonicus tanquã possessor huius canoniæ pri⁹ erectæ & nominatæ.

Neque obstabit, si dicatur, quod tituli prædecessorum eiusdem canonici perierunt, vt ex capit. si tibi absenti, de prab. in 6. notat Menoch. de retinen. possessio. remed. 3. numero 57. & sic titulus, dict. P. est nouus titul⁹, & consequenter nulla potest dari antiquitas respectu aliorum: quoniam respondeo, quod licet tituli prædecessorum perierunt, & sic titulus eius est nouus, erectio tamen & nominatio canoniæ suæ, & assignatio sedis eius in choro, & in capitulo, nunquam perijt, quia non persona, sed canoniæ ipsi & sellæ eius fuerunt dictæ sedes in capitulo & choro assignatę, & sic omnes successores & possessores in eisdem sellis & sedibus in choro & capitulo assignatis sederũt & sedent, & ista nunquam perierunt, quia ipsi canoniæ erectæ, quæ iam perire non potest, assignantur, & sic antiquitas durat semper in prima nominata & erecta respectu secundæ, & in secunda respectu tertiæ, & sic deinceps, argum. cap. quoniam, de officio deleg. ibi, quia sub. expressis nominibus locorũ, & non personarum commissio emanauit. Ex quo quamuis titul⁹ perierit primi possessoris, erectio, locus ac sedes eius non perijt, sed perpetua remanet ac realis, vt in simili inquit Abb. in dicto cap. quoniam n. 14. Et sic in possessorẽ transit talis canoniæ
19 ius hoc antiquitatis: nam † loco & non personę concessa videtur talis antiquitas propter quod realis efficitur, vt in priuilegio inquit Bald. in addit. ad Speculat. titul. de instrumen. editio. versiculo, priuilegium in dubio, & in leg. vectigalia. Codic. de vectiga. & Commissis. & facit tex. in cap. cum venissent, de institutio. Aliter enim, si periret antiquitas hæc per mortẽ possessoris; esset opus noua erectione, & noua assignatione loci ac sedis in choro & capi-
20 tulo, quod dicendũ non est: Igitur. Præsertim † cũ inferior à Papa nouas absque concessione Romani Pontificis erigere canonias sub expectatione primæ præbendæ vacaturę, neque dare titulũ ad vacaturas non possit, ex tex. in cap. 2. de prebẽ. in 6. &
21 in cap. ne captanda, de concessio prebend. in 6. Etiam † si inferior hic esset legatus de latere. ex tex. in c. dilect. filius, de prebendis, gl. vacaturis, in dicto ca. 2. Primaque commissio erigendi eas esset omninò dicendũ, quod in prima erectione & nominatione fuit consumpta, argum. text & materia l. Boues §. hoc sermone, ff. de verborũ significatione, quod absurdũ esset in nostra materia, & in nostro casu dicere: ergo necesse fatendũ est reales esse has erectiones & nominationes, & earũ antiquitates durare, & sic Petri huius in antiquitate præferendam alijs post eum nominatis, & canoniæ eius fructus omnino applicandos, quoniam † id quod est reale, transit
22 in quemlibet rei possessorẽ, l. ætatem, & ibi Barto. ff. de censibus, refert Alexand. consi. 86. vol. 1. & semper durat donec res cui conceditur durat, cap. 1. & 2. & per totum, 25. quæstione 2. & cap. Abbate, de verb. sig. Et hæc pro prima ratione iustificatiua partis dicti Petri. Fateor tamen, quod hæc ratio, quod esset talis erectio & nominatio realis non placuit aliquib⁹, ex dictis per Æneam de Falco. in tracta. de reseruatio, 4. q. princi. 39. effectu, in 1. par. 15. volum. tract. diuersorum Doctorum.

Secunda vero ratio & secundus titulus & punctus iustificantes intentionem d. P. est, quoniam quantumuis dicta cessarent, P. ipse habet titulum à summo Pontifice, aduersarii vero detentores præbendarum & intrusi habent ab ordinario, & fortassis nullum: igitur præferendus in applicatione fructuum P. ipse, etiamsi titulus eius sit posterior, ex tex. expresso in c. ij qui, de preb. in 6. ibi. His
23 † qui authoritate Apostolica in aliqua Ecclesia in canonicos sunt recepti, debent in prabendarum assecutione cæteris anteferri legatorum, vel aliorũ quorumcunq; authoritate receptis antea in eadem. Per quem ita dicit tenendũ Abb. n. 7. & ibi alij in cap. relatũ, de preb. in 6. Selua, de benefi. 3. par. q. 15. & 29. & communẽ testatur Fran. Turijan. in lib. 1. communium opin. litera, C. versi. in ca-
24 nonicum, vbi † idem dicit in prouisis à capitulo, etiam si non faciat Papa mentionem de prouisis per alios, & Rota noua 7. de preb. versi. tamen Apostolici expectantes. Et ratio est, quoniam digniores sunt min⁹ dignis præferendi, vt in rubr. C. vt dignita. ordo serue. lib 12. cap. fi. 93. dist. ca. per tuas, de maior. & obedien. vbi
25 † ordinatus per Papam, quia dignior est præferẽdus ordinatis ab Episcopo per quem tex. Ioan.
26 And. in dict. capit. hi qui, infert, quod † miles siue Doctor creatus per Imperatorem vel Papam pręfertur militibus & Doctoribus creatis ab inferioribus, pro quo est gloss. in leg. restituendæ, Codic. de aduo. diuer. iudi. & gloss. in capit. fin. 12. dist. gloss. cap. penul. 93. dist. gloss. capit. filium, 1. quæst. 1. quas commendat Felin. in rubris. numero. 4. de maio. & obedien. & Probus in additio. ad Monachum, in capit. statutum, numero 20. de rescrip. in 6. & additio. Bart. in leg prima ff. de albo. scriben. late Cassane. in catalogo glor. mundi, prima part. considerat. 31. & Tiraquell. de nobilitate, capit. sexto, numero sexto, & septimo. Et
27 inde † creatus canonicus per Papam, quia dignior est, creatis ab inferioribus, præfertur in præbendæ assecutione, secundum Bart. in dict. leg. 1. ff. de albo scriben. Ex quo infertur confirmatio ad dict. Calderi. in consilio secundo, de offic. vicary, quem sequitur Ias. in leg. 2. nu. 32. ff. solut. matrimonio,
28 quod prouisio † facta ab Episcopo pręfertur prouisioni factę à vicario, quia est dignior & nobilior.

G 3 Sed

Sed quia potest dici quod Calderi. ibi loquitur quando sunt pares in prouisione, secus vero si prius esset à vicario facta prouisio, quia tunc tanquam prior præfertur, *ex regula, qui prior de regul. iur. in 6. iuxta gl. in dicto c. si qui,* ideo poterit alia & singularis ratio assignari d. conclusioni, quod prouisus à Papa sit præferendus, scilicet, quod secun- 29 dum glo. *antea, in d c. hi qui.* d. regula qui† prior, nô habet locum, quando est dispar causa creditorũ, *per tex. in l. priuilegia, ff. de priuile. credi.* quo tex. pro- 30 batur iuxta glo. illam, quod † secundus creditor habens hypothecam, & sic actionem realem, vt creditor dotis præferatur omnib⁹ anterioribus habentibus actiones personales tantum. Idem vult *gl. in l. 2. C. de priuil. fisci. & tex. in l. 33. tit. 13 par. 5. & ex l. 2 iuncta gl meioria. tit. 15 par. 5. tradit Cassane. vbi sup.*

31 Sed receptus † per Papam habet ius in præbenda vacatura pro quo est affecta, quia sol⁹ Papa potest hoc ius dare, *secundũ tex. in d. c. 2. de præb. in 6. & in c. cũ* 32 *qui, & c. si cum, cum 4 seq eodẽ tit. & l.* Inferiores † vero à Papa, tantũ possũt dare actionẽ personalẽ, & sic prouisi ab eo tantũ possunt petere vt sibi prouideatur de præbenda, & sic non habent idẽ ius cũ prouiso à Papa, v. optime, licet breuiter insinuat & declarat Abb. *in proposito in cap. relatum, n. 7. & ibi Anton. n. 6 & Deci. de praben. & Mona. Archid Domi n. 3. Franc. in cap. si postquam, de præb. in 6 gl. fi in fi. in dicto c. cum ius, vbi Ancharan. n. 3. gl. firmitate, versic. si vero alter tantum, in d. c. si soli, de concessi. præbend. in 6. Staphileus, de liter. grat. & iusti. tit. de forma spectan. for. 8. versiculo, secũdo differt, optime Gomet. de spect. n. 59 & Paul. de manda Apost. 7. part. fol. 62.* & pro hoc est textus *in* 33 *d. c. si post quam,* vbi probatur, quod † eo ipso quod canonicus authoritate Apostolica fuisti effectus, ius ad obtinendam præbendam proximo vacaturam ibidem tibi adquisisti, & ius hoc adquisitum reale est, *vt vult Gometi. in regula, de iure quasi. non tollen. in proœmio in antepenultim. colu. versi. quarto modo adquiritur ius ad rem,* & ideo nimirum, si personali actioni aduersariorũ ex prouisione inferiorum resultanti præferatur, *vt inquit Abb. in d. cap. relatũ, n. 7 & Tursianus, vbi sup.* & hæc est singularis ac subtilis ratio *d. c. hi, qui.* Neque obstabit tex. *in c. si à sede, de præb. lib 6. in 1.* Resp. vbi videtur præferri anteriorem prouisũ ab ordinario, si nõ apparet de priori 34 prouisione Papę: quoniam † ibi loquitur, quoties prouisio ordinarij de beneficio fuit plene facta, & prouisus in possessione positus antequam à Papa alius in eodem beneficio prouideretur; nos vero loquimur quoties nondum est de præbenda, & sic fructibus vacantibus prouisum, sed datur concursus ad eos, & ita apparet expresse, *ex d. c. si à sede, & ex d. c. si postquam,* ita vt inductione vti non est necessarium, & tradit Staphil. *vbi sup. tit. de mandato, de proui. for. 3. n. 8. fol. 33. & Fran. n. 3. in eodem c. si à sede, Gom. de manda. de proui. n. 16. Fel. in c. capitulũ n. 5. in fi. de rescrip.* Vel secundo non obstat tex. *in d. c. si à* 35 *sede:* nam non † procedit quoties possessio est iniusta, quia possessio iniusta pro nulla habetur. Ita notat, & limitat illum tex. Rebuf. *de pacifi. posses. nu.* 276. possessio vero aduersariorum iniustissima est, tum quia ante dationem possessionis fuerunt tituli Petri pręsentati in capitulo, ita quod eorũ notitiam habuerunt, imo, & quocumque tempore notitiam haberent, sufficeret, vt possessio talis nullã vim haberet, ex tex. expresso *in d. c. si postquã, in prin.* dum dicit *(si postquã canonicatũ in aliqua Ecclesia tibi contulim⁹, ibi ad quos spectat collatio præbendarũ, præbendam quæ vacauerit alij duxerint conferendam, talis collatio in tuum præiudicium attentata nullam obtinet firmitatem,)* qui est singularis tex. vt omnia per capitulum facta, essent vt attentata reuocanda. Vel tertio responderi potest, quod † tex. *in d. c si à* 36 *sede.* non procedit in canonijs: nam vt dictum est, eo ipso, quis est prouisus in canonicum, acquirit ius in re, *vt in ca. hi qui. & ca. dudum, de preben. in 6. Rebuf. vbi su. n. 386. ad fin.* Vel quarto: tex. in † illo cap. 37 *si à sede*, non procedit, quoties in impetratione adest clausula gratificationis, *vt per Rebuf. vbi. sup. n. 389.* Et sic ex hac etiam secunda ratione iustificatur pars & intentio nostræ partis, præsertim quod Papa concedendo literas facultatis, non ligat propter hoc manus suas, ne videatur à se potestatem conferendi abdicasse, & † sic præfertur tunc 38 nominatus Apostolicus, *secundum Staphile. de lite. grat. 3. for. n. 9. fol. 32.* & sic quantumuis diceretur, facultatem habuisse Episcopum prouidentem ijs canoniis de personis spectantibus ab ipsa sede Apostolica, non censetur suas ligasse man⁹, ne alios in prouisione pręferat, maxime cum † neque ex di- 39 ctis literis facultatis dici possit prouisum authoritate Apostolica, *secundum Gometi. de spectati. n. 59. Et sic Petrum, qui expressas literas & gratias habet sua canonia, præferendus est, vt diximus.*

Tertia vero & non minus singularis ratio pręferendi dictum Petrum & adeo vrgens, vt nullo modo cauillari possit, etiamsi supradictæ cessarent, scilicet, quod in suis bullis & titulis Apostolicis, inserta est clausula † gratificatiua *(anteferri)* 40 quæ est salutifera & tanti momenti, quod præfertur eam habens omnibus prouisionibus aliis, etiam Papæ, dictam clausulam non habentib⁹, dum sint in fieri, & sic dum ius ad rem habent tales prouisi, quantuncunque priores sint in data & concessione, *secundum tex. in cap. penult. de præb. lib. 6.* notat *Probus, in additio. ad Mona. in cap. eum qui, 18. in ordine n. 7. de præb. lib. 6.* vbi inquit, quod † per istam 41 clausulam censetur, Papam velle tollere ius ad rẽ primi prouisi, etiamsi spectãtes alij tempore datæ talis mãdati, & prouisionis factæ cũ dicta clausula *(anteferri)* iã acceptauerint beneficiũ illud, dũmodo de illo tunc nõ obtinuerint prouideri, & hoc † 42 propter clausulã *(anteferri)* per quã posterior in data præfertur priori habenti solum ius ad rẽ, quale est illud, quod quæritur per solam acceptationẽ, *vt probatur in cap. quoddam, de præb. in 6.* per quem tex. ita tenuerunt domini de Rota *in antiquiorib⁹, 8. de concess. præb. teste Staphilæo vbi sup. in 1. forma. n. 2. fol. 29.* quicquid vacillans, & dubius dixerit Felin. *in cap. causamque, n. 26. de rescrip.* per † exspectatiuas- 43 que solum datur ius ad rem in vacaturis præbendis, *secundum glo in c. literis, de rescrip. & in cap. veniens, de renuntiatione, & in ca. si soli, de concessio. præb. in 6. verbo, firmitate, & in c. dilect⁹ 2. de præb. quæ sunt ordinariæ, secundũ Naua. in c. si quando, 14. excepti. col. 75. de rescrip. Felin. in cap. ad audientiam, 2. de rescrip. nu. 12. Bellame. decis.*

decis. 567. & 667. & Frederi. de Senis, consilio 290. & ideo nimirum si clausula (*anteferri*) operetur effectum suum, prout tunc operari supradicta asserunt, *& Cassiado decis. 1. nume. 4. sub. regul. cancella. de decretis insert. & Felin. in cap. capitulum, n. 8. vers. quinta & vltima, de rescrip.* præsertim cum aduersarij nostri nullum ius habeant ad præbendam affectum, quia præbenda nondum vsq; vacauit, & sic nondum erat acceptata, *prout loquitur Rota noua fin. de rescrip. & Felin. d. cap. capitulum, num. 6. & Corrasi. in paraphrasi sacerdot. titul. de demanda. Apostoli, numero* 26. Præmaxime, cum & bullæ dicti Petri alias plures clausulas habeant, per quas gratiæ contrariæ abrogantur, & suspenduntur ab aliis concessæ, etiam si per eas ad inhibitionem, reseruationem, & decretum, vel alias quomodolibet sit processum, vt licet videre ex Staphil. *vbi supra titul. de variis mod. vaca. §. post hac in literis dicitur, numero 1. cum sequen. fol. 79. & Gometi. de spectati. nu. 59.* præsertim cum hic non agamus de extinguendis titulis aduersariorum & consumendis, sed tantum de postponendis eis & præseruandis ad alias vocaturas; virtus enim † clausulæ (anteferri) habet præseruare gratiam concurrentem, *secundum Rotam antiquiorem* 11. *de concess. præb. num.* 11. quod est multum considerandum, & sic declaratur in bullis nostri Petri, ibi, *sed nullum propter hoc eis ad alia beneficia præiudicium generandum*, itidemque bullę hæ Peti, prius quam vacarent prębendæ, erãt ei concessæ & possessionem canonię titularis & ventosę habebat, sicut alij, & prouisio † ac adiudicatio fructuum, & possessio eorum, nunc aduersariis factę tanquam nullę, & contradictæ nihil eis opitulantur, *ex dictis per Doctores, in cap. cum Ecclesia Sutrina, maxime per Ripam, ibi, nume. 93. in 5. requisito, de caus. posse. & proprie. & per Rochum, de iure patron. verbo, competens, numero 35. & 36. & ex capi. si tibi concesso, & eius materia, de præb. lib. 6.* Ex quibus patet d. Petrum esse omnino aduersariis præferendum, & male capitulum prouisisse, eũ excludendo, neque capitulum potuit gratificare, cui vellet, cum iura partium ex dictis disparia essent, prout magis communem testatur opinionem Abb. *in capi. cum M. numero 14. de consti. & ex regul. cancel. de concurren. in data*, & sic plures Doctores huic parti se subscripserunt, & sententiis dominorum de Rota fuit sic determinatum & decisum, & nunc possidet pacifice d. Petrus suam canoniam, impletam fructibus ijs.

44 45

Quibus non obstat id quod obijciebatur de dicto statuto Cardinalis Ægidij, de quo in supradicto præsupposito diximus, quoniam istud statutum non est confirmatum, neque iussum seruari, nisi quatenus est in vsu, vt apparet ex tertio præsupposito, & verba † hæc nisi quatenus sit in vsu, inducunt conditionem: & capitulum tenebatur hunc vsum probare in eo quod intendit se dicto statuto iuuare, & quamuis insisteret quis, non esse in hoc casu necessariam probationem ex parte producentis, *iuxta tex. in capit. Abbate Siluani, de verborum signifi.* hoc non procedit, quando similis clausula ponitur in confirmatione; tunc enim inducit conditionem, *secundum Bart. in extrauag. ad reprimendum versi. prout, ibi, secus in confirmatione.* Et ita † quod ex parte procedentis sit necessaria probatio, probat in terminis tex. *in l. 27. tit. 18. parti. 3.* & cum vsus hic non sit probatus, nõ possunt se ex dicto statuto iuuare. Item, quia dictum statutũ non loquitur in nostro casu: quoniã statutum requirit certas qualitates ad recipiendũ canonicos in tales, dum dicit, ad canonias etiam vacaturas de prędictis portionariis benemeritis, & non alii per Episcopum & capitulum assumantur; & in hoc casu ad recipiendũ in canonicos & in fratres, nimirum, si considerentur dictæ qualitates requisitæ, & ita procedit Canon. 5. Concilij Tridentini, sess. 25. Nos tamen non loquimur in vacatione canonicatuum, quoniam canoniæ iam sunt prouisæ, sed tantũ tractamus de applicatione fructuum, & hæc iam est facta, vel à tẽpore, quo Sanctitas Pontificis summi eas creauit & erexit, vel abinde quo ij fuerunt in ijs canonijs prouisi, *iuxta tex. in dict. ca. postquam, de præb. in 6. ibi (eo enim ipso)* vbi in contrarium acta annullãtur, & sic impertinens est, dictũ statutum ad casum, de quo agimus, trahere; non enim est par ratio, quoniam canoniæ semel erectæ & prouisæ applicatio fructuũ debetur, secundum tituli aut antiquitatis prærogatiuam; aliter enim esset mouere litem super titulo à tot annis retro habito, contra regulam Cancellariæ, de triennali possessione, nõ molestando, ibi (super eisdem beneficijs molestari nequeant) vbi Gometi, *quæst. 58.* inquit, quod † triennalis possessor nõ potest molestari, neque contra illũ potest quicquam opponi, siue per viam actionis, replicationis, aut restitutionis, vbi hoc late prosequitur. In eius confirmationẽ, est tex. *in capi. cum M. de constitutio.* probans, quod licet canonicus sit receptus contra dispositionem statuti iurati, & etiã per Papam confirmati, nihilominus debetur sibi præbenda, vel fructus excrescentes, quod est ad literã nostri casus. Item etiã, quia † quantumuis absque veritatis præiudicio Papa hanc prouisionẽ concederet capitulo, non ex hoc videtur à se abdicasse ius conferendi, quando voluerit, prout tradit Felin. *in capit. canonum statuta, numero* 30. *de constitutio.* & probat text. *in cap. dudum, & capit. quamuis, vbi gloss. & Doctores, de prebend. in 6.* præsertim cum hæ canoniæ per resignationem vacauerint in Curia Romana in manibus Papæ, & per consequens, fuerint ei reseruatæ, *ex capit. 2. de prebend. in 6.* Et sic quantumuis concederetur beneficiorum collatio, non videtur hæc concessa, & per consequens † præfertur prouisus à Papa, etiam si sit posterior prouisus à priuilegiato, *vt in terminis firmat Rota antiqua. 6. de prabend. & Selua, de beneficio, tertia parte, quæst. 29. columna fin.* Item, quia dictum statutum asseritur diuersimode fuisse obseruatum, & ipsemet Episcopus in prouisione dictarum canoniarum illud non seruauit; nam prouisit eas non capitularibus Ecclesiæ, sed extraneis, & illis qui non erant oriundi ipsius Episcopatus, & sic cessant verba dicti statuti, quatenus sit in vsu, & statuto † semel contrauento, & non obseruato, nõ potest vti, neque eius vsus allegari, *vt con-*

46 47 48 49 50 51

52 *vt constat ex dict. c. cum M.* & quia † non potest dici consuetudo illa, quæ diuersimodè est habita, *vt per Roch. de Curte in ca. fin de consuetudine.* Præsertim, quia, vt dictum est, hic de applicatione fructuum agimus, non verò de titulis. Neque itidem obstat, quod Thesauraria vacauit in mense ordinarij, & sic capitulum sede vacante illam prouidere debet ex dicto statuto, & consequenter fructus ij applicandi essent per capitulum, quoniam quoad Thesaurariam id non negatur, quoad fructus verò, cum sint iam applicati *ex dicto capitulo, si postquam,* non potest capitulum circa illos se intromittere, ad applicandum eos alteri canoniæ, quam illi, cui de iure iam sunt applicati, neque potest gratificari cui voluerit, quia tituli sunt dispares. Neque valuit consuetudo allegata gratificandi cui voluerit capitulum: tum, quia non est in termino allegata: tum etiam, quia non est probata in terminis harum canoniarum, neque probari potuit, eo quod nunquã successerit casus hic, & præsertim nõ est probata in casu, in quo adessent bullæ Apostolicæ, prout erat probandum, vt vere diceretur in hoc casu, probatam esse consuetudinem: tum itidem, quia cum ex dicta bulla dicti statuti (Fundamentalis vocati) sint ipso iure fructus applicati canonicis titularibus, ita, vt ipsi auhoritate propria possint apprehendere possessionem, & sic habent ius quæsi-
53 tum, non valet consuetudo; neque † induci potest, vt ius quæsitum tollatur, *secundum gloss. & ibi Abb. in capit. constitutus, de constitutionibus. gloss. magna l. 12. titul. 1. partit. 1.* & quia vt inquit gloss. *in capit. tibi qui, de rescrip.* absurdum esset præbendam antiquiori delatam minus antiquo conferre, & absurda consuetudo non est seruanda, quia est corruptela, & est irrationabilis, *vt in capit fin de consuetudine:* nam illa quæ est contra ius, irrationabilis iudicatur, *vt dixi in l. 3. n. 20. titul. 1. libr. 2. recopil.*
54 Et † an per acceptationem beneficii extinguatur expectatiua, vide Domini. *consilio 103.* & Æneam, de Falconibus, *in tracta. de reseruatio. quæst. 3. prin. numero 17. part. 15. vol. tract. diuersorum Doctorum,* vbi quid si beneficium erat reseruatum, & idem si per negligentiam quoad hoc, vt secundus in data ei præferatur, *secundum Mona. in capit. si clericus pro quo. de præbend. libr. 6.* nisi probaret se nullũ ius habuisse, secũdum quod inquit Domin. *in dict. consil.* vbi optime loquitur, & per consequens iustitia d. Petri est clarissima, prout in Rota omnibus apparuit.

CONSILIVM XIII.

Disputatur de duabus prouisionibus, quæ præualeat, an facta ab Ordinario, vel Papa, & aliqua de materia litis introducendæ.

SVMMARIA.

1 *Alternatiua priuatio pœna est.*
2 *Causa etiam bestialis excusat à pœna.*
3 *Lis non inducitur nisi per citationem & responsionem lite contestata.*
4 *Lis in iudicio vniuersali per solam citationem inducebatur, in iudicio tamen singulari non, nisi lite contestata nu. 5.*
6 *Regula Cancellariæ de subrogandis, tum est locus, quoties adest vera lis.*
7 *Lis vera, etiamsi esset lite contestata, in præsenti tamen non nisi literis expeditis.*
8 *Ordinarij prouisio valet, interim quod litera non expediuntur.*
9 *Possessio capta literis non expeditis attentata dicitur.*
10 *Iurisdictio vigore commissionis ante literarum expeditionem præsentata censetur data cum conditione. quod interim non sit vera lis.*
11 *Citationis defectus inducit nullitatem ipso iure.*
12 *Sententia contra mortuum lata nulla est.*
13 *Decretum irritans annullat in contrarium acta, neque inducitur litigiosum.*
14 *In prima instantia per superiores tractata nulla sunt.*
15 *Iudici asserenti, reum citatum, non creditur.*
16 *Suspectum & nullum est id quod notarius non saluauit in instrumento lineato.*
17 *Citatio per contradictas non est arctatoria, sed monitoria.*
18 *Onus probandi signaturam Papæ incumbit asserenti.*
19 *Verba sunt intelligenda, secundum ius, & secundum ordinem debitum.*
20 *Collatio ordinaria non impeditur de iure, nisi vbi principaliter de beneficio tractatur.*
21 *Litigiosa non fit res vbi agitur non super beneficio, sed super possessione.*
22 *Omissio non datur super inualiditate processus, nisi parte legitime citata.*
23 *Executor exequi non debet cum de nullitate apparet, sed remittere. & nu. 24.*
25 *Executor potest etiam declarare super nullitate quæ notoriè apparet.*
26 *Litigiosi vitium non inducitur ex impetratione literarum, mortuo iam impetratore.*

EPiscopus Placentinus Hispaniæ nostræ quoddam beneficium simplex in suo Episcopatu vacans per obitum cuiusdam Francisci Gallego possessoris morientis in mense Augusti, qui est ordinarius alternatiuæ sex mensium ab ipso Episcopo acceptatæ, prouisit in fauorem cuiusdam Martini Castellani, & ei possessionem de illo iussit dare, prout data fuit, & eo possessore, quidam Ludouicus obtinuit à Papa gratiam huius beneficii, & ad hoc relationem fecit Papæ, quod dictus Episcopus iam ferat alternatiuam, eo quod in mensibus Papæ prouiserat, quædam beneficia tunc vacantia: quibus sic stantibus, virtute dictæ gratiæ & bullæ dicto Ludouico concessæ, & commissione Papali eidem ex auditoribus Rotæ ab ipso Ludouico intimata per audientiam contradictarum, processum est contra omnes interesse putantes, absque eo quod dictus Martinus Castellanus possessor fuisset in specie citatus, interimque mortuus est dictus Martinus in mense ordinario, eodem Episcopo Placen-

Placentino viuente, qui quidem, & hac vice prouisit dictum beneficium cuidam Sebastiano Vallejo familiari suo, & collationem de eo fecit, & possessionem præstitit, & postquam per annum iam possederat dictus Sebastianus dictum beneficium, executoriales per dictas contradictas obtinuit dictus Ludouicus pro beneficio illo adipiscendo, quibus quidem executorialibus in partibus nostris vsus est, eligens iudicem executorem, vt sibi de beneficio isto possessionem præberet, amoto exinde quolibet illicitò detentore, & iudex hic executor suas literas destinauit contra dictum Sebastianum Vallejo possessorem, vt tanquam detentor dimitteret beneficium dicto Ludouico sub censuris & pœnis in executorialibus contentis, & aliis comminationibus promulgatis per executorem hunc, & dictus Sebastianus comparuit, declinando executoris iurisdictionem, & supplicando à dictis bullis & literis ad Papam vt melius informatus, tanquam literas subreptitias, & obreptitias, ob Ludouici relationem reponeret in executione ipsarum, & ad hanc fundandam partem, sequentia pro ipso Sebastiano allegauimus.

Præsupposito prius pro vero, vt est, quod dictus Martinus Castellanus fuit per dictum Episcopum ritè ac rectè prouisus in dicto beneficio, de quo acceptauerat Episcopus alternatiuam sexmensium, fuitque ille Augusti mensis alternatiuæ, vt satis probatum est, neque ex aduerso id negatur, cum prætendat & affirmet amisisse alternatiuam, eo quod in mensibus Papæ quædam beneficia prouiserat, & priuatio præsupponit habitum, *leg. decem, ff. de verbo. obligat.* & si necesse fuisset id clarius demonstrare & indicare, iudex Ordinarius ad quem bullæ nuncupatæ executoriales, remittuntur, terminum ad probandum dare tenetur, vt infra apparebit. Quo sic supposito, ex prouisione duorum beneficiorum, vnum in quendam Ioannem, alterum in quendam Magistrum Vuilla, non bene probatur priuatio alternatiuæ: primum quidem potius in commendam collatum dicitur, cum Episcopus certus non esset de tempore & loco obitus Christophori beneficiati, quod neque adhuc satis probatum est, & cum protestatione abundante id factum, vt scilicet ex eo non incurreret amissionis alternatiuæ pœnam. Alterum occasione Concilij Tridentini, cap. 8. sessio. 24. quo Ordinarius ex proxime vacatura præbenda pœnitentiarium instituere poterat, & cum † priuatio alternatiuæ sit pœna, vt patet ex Bulleto, quælibet causa excusaret, etiam non iusta, *leg. igitur, ff. de liber. caus. Angel. in leg. Plagij, Codic. ad leg. Iuli. fau. de plag.* & proprius per Gigantem, *de pensio. quæstione* 8. *numero* 8. vbi ait, quod † etiam bestialis causa excusat à pœna. Ex quibus clare patet, collationem & prouisionem per dictum Episcopum factam in dictum Martinum de Castellanos canonicam fuisse, & consequenter gratiam de ipso beneficio per dictum Ludouicum obtentam, nullam fuisse, & quod etiam si expedita gratia vere dictum Martinum de Castellanos citaret, quod etiam citatio non procederet, nec vitium litigiosi induceret ad impediendum ordinarium prouidere de dicto beneficio dicto Sebastiano Vallejo, vel alteri, cui vellet, *vt habetur ex Caßiado. decisione 6. vt lite pend. numero primo.* Nec tunc esse locum regulæ, de subrogand. vt per Gometi. *super eandem regulam, de subrogandis, in præfatione, versiculo, primam regulam Ioannis*, vbi ad literam describit regulam Ioannis, XXIII. & Martin. V. hoc probantes, & casu in quo prædicta cessarent, & aliquam causam beneficij impetrandi dictus Ludouicus prætendere potuerit, adhuc per obitum dicti Martini, se subrogatum dicere, non licet, cum inter eundem & Martinum lis fuerit: lis † enim in proposito non dicitur, nisi per citationem & responsionem, lite videlicet contestata, *gloss. in leg. lite ordinatâ. Codic. de liber. caus.* & licet † in iudicio vniuersali ex sola citatione, reo videlicet certiorato de lite, lis inchoaretur, *vt per Bart. in leg. fin. Codic. communi diui.* in iudicio tamen singulari per solam † citationem nisi lite contestata, vera lis non est, vt ex ea efficiatur res litigiosa, *authen. litigiosa, leg. lite pendente, & ibi Salicet. in quæst. fin. Codic. de litigios. vbi ita declarat Bart. in dict. leg. fin. Codic. communi diui. & gloss. in dict. leg. lite pendente*, & si singulare iudicium non esset, prout hoc est, adhuc sine citatione taliter facta, vt reus litem cognosceret, & de ea certior esset, nec res litigiosa diceretur; quanto magis in hoc iudicio particulari, vbi lis contestata requiritur necessario, & si nulla citatio inuenitur, nec fuit, quam litem fingere potest prædictus Ludouicus cum dicto Martino, vt possit iuuari regula de subrogandis? cum tam ex eadem regula de subrogand. præsertim Martini V. de qua mentionem facit Gometi. *in eadem quæst. 3.* quam ex ipsa bulla, & executorialibus, ibi, *dummodo sit vera lis*, habetur, quod † vt sit locus regulæ huic de subrogandis, debet esse vera lis.

Præterea, quamuis † vera lis esset etiam contestatione ordinata, adhuc in proposito non sufficeret, nisi literis expeditis, saltim ante terminum ad articulandum, vt habetur ex eadem bulla & executorialibus, & probat Gometi. *in dicta quæstione 3. versiculo, non abs re, & Caßiador. decisione 2. & 5. numero 2. sub. regula Cancella. com. caus. liter. non exped.* & Lancello. *in tractat. de attenta. prima parte, capit. 3. numero 118.* vbi cum Deci. inquit valere † prouisionem ordinarij, interim quod literæ non expediuntur, factam, quia gratia Papæ tunc erat informis & imperfecta, *secundum Gometi. de expectati. numero 17. fol. 269.* & † quod esset attentata possessio, si quæ, ea caperetur literis non expeditis, & incurreretur in pœnas extrauagant. Iulij III. *secundum Lancello. & Deci. vbi supra, 2. parte, capit. 4. in præfatione, numero 376. cum sequentibus pluribus*, imo & secundum eundem Lancellot. *tertia parte, capit. 24. quæstione 11. numero 12. pagin. 446.* iurisdictio † vigore commissionis ante literarum expeditionem præsentatæ, censetur data cum conditione, quod

ne, quod interim non sit vera lis. Ex quibus sententia & sententiæ, nec non & præcepta ad exequendum, de quibus agimus, nulla prorsus æstimari debent, vitijsque & nullitatibus sequentibus conuincuntur. Primum † quidem ex defectu citationis, tam Martini de Castellanos prædecessoris dicti Sebastiani de Vallejo, quam eiusdem Sebastiani, quæ prima & indubitata nullitatis est causa, *capit. primo, de caus. possess. & propriet. ibi Abb. & omnes, leg. fin. & ibi gloss. & Bald. Codic. de legi.* Vnde Frederi. de Senis *consilio 78. incipien. quod dominus Episcopus Clusinus, columnn. 4.* ait: Quis impius, nisi diabolus, defensionem denegaret, quæ de iure naturali est, textus est expressus per quem ex defectu citationis sententia nulla probatur, *leg. 1. §. item cum ex edicto, ff. quæ sententiæ sine appell. rescind. gloss. verbo, citati, in cap. inter quatuor, de maiori. & obedient.* Altera proxima huic est etiam causa nullitatis, cum † mortuo iam dicto Martino de Castellanos, & contra eum lata fuerit sententia, vt ex eisdem executorialibus apparet, quo casu est nulla, *ex leg. in summa, §. fin. ff. de re iudicat. leg. penult. ff. quæ sententia sine appell. rescin. Bar. in leg. vnica, §. primo, Codic. de caduc. tollend. leg. 15. titul. 22. part. 3. Cassiado decisione 16. numero 4. super regula Chancellar. de annali, &* Vantius *de null. titul. ex defectu iuris, numero* 106. & Fran. Deci. *consilio 110. per totum,* qui duo posteriores duobus modis hoc declarant, & est sine dubio, imo, & per viam attentati potest tunc reuocari, *secundum Lancel. vbi supra, in præfatione, capit. 4. numero 273. pag. 61.*

Præterea in Concilio Tridentino *sessione 24. cap. 20. incipien. causæ omnes,* dispositum est, causas omnes in prima instantia apud ordinarium tractandas, processus, sententias, & ordinationes per quoscunque iudices legatos etiam à latere, nuntios & gubernatores in prima instantia latas, nullas esse decreuit. Quo fit vt ex eadem bullæ, vel executorialium serie, qua processum in prima instantia apparet, proculdubio etiam nullitas appareat; namque † cum decretum irritans sit, omnia in contrarium acta nulla ipso iure reddit, *leg. non dubium & ibi Bal. & omnes, Codic. de leg.* neque inducitur tunc vitium litigiosi, *secundum Ias. copiose in rubr. ff. de in ius vocan.*

Præterea, iudices superiores legati & alii præter ordinarios, ex decreto Concilij incompetentes ad primam instantiam habentur, &, sic necessario sequitur, quod † quæcunque in prima instantia coram ipsis tractentur, nulla sunt ipso iure, *l. prima, & fin. & per totum, C. si à non compe. iudi. fue. iudi. & Azo. in summa eiusdem tituli.* Itaque processus, sententiæ & præcepta ab auditore Rotæ facta nulla prorsus existimanda firmiter tenendum, vt prætextu illorum aliquid contra dictum Sebastianum per ordinarium cui remittitur, alium ve iudicem fieri possit.

Supradictisque non obstat, quoddam testimonium relationis prædicti auditoris, quod dictus Ludouicus citationem interuenisse probare intendit, *ex dictis per Gometi. in compendio vtriusque signaturæ, in regula Chancellar. fol. 163. versiculo, & est vlterius.* Primo, quia iudici † etiam asserenti, reum citatum fuisse, non creditur, *ex textu, & gloss. verbo, citationes, in capit. quoniam contra, de probatio. & ibi Lanfranc. numero 15. Doctores omnes, in capit. cum à nobis, de testibus.* Secundo, nam etsi relatio vel assertio iudicis sufficeret, adhuc ex dicto hoc testimonio non constat nec probatur, cum verba quæ de citatione loquuntur, non in corpore instrumenti continentur, sed extra, neque à notario saluata, vt ex instrumento apparet, & † quod appositum extra vel in margine, vel interlineatum in instrumento inuenitur, quod notarius non saluauit fidem, faciens & dicens se apposuisse, suspectum est, fidemque nullam facit, *tex. in leg. prima, §. & ideo, ff. de his quæ in testa. delent. Bal. in leg. si vnus Codic. de testament. & ibi Angel. & Corneus, nu. 5. l. 13. tit. 25. lib. 4. recop.*

Præterea & secundo non obstat processus per contradictas, etiam si generalis citatio omnium quorum interest, interueniret: talis † enim citatio non est arctatoria, sed monitoria, ita quod omnes qui sua putauerint interesse, possint comparere & venire ad causam si volunt, & solum cum illis, qui venerint, potest procedi, cum alijs vero non, nec alijs huiusmodi processus nocebit, *vt per Innocen. & Hostien. in capit. dilecti, de exceptio. & latius per decisionem Rotæ in nouis, decisione 419. incipient. si impetretur, sub titulo, de sequestratione posse. & fruct.* 18. *in ordin. & Otauian. Vestrius in pract. Chancellar. Apostoli. libro 4. capit. 4. numero* 8. & sic inquit Felin. *in capit. cum inter, numero 12. de exceptio.* quod taliter citatus non comparens, non dicitur contumax.

Præterea † de signatura Papæ ad fundandam iurisdictionem dicti auditoris, iuxta tenorē dicti capituli, *causæ omnes,* non præsumitur, neque de expeditione literarum ante terminum ad articulandum, vt esset locus regulæ, de subrogandis: onusque probandi eorum incumbit asserenti, *Barto. in leg. in illa stipulatione, ff. de verbo. obligatio. Cassiador. super regula de commissio. caus. decisione. 3.* & sic non habuit potestatem dictus dominus auditor.

Præterea non obstat, quod ex Senatus Regij decreto dicta bulla, vel executoriales dimissæ fuerint prædicto Ludouico: hoc enim factum est, vt illis coram ordinario vteretur, ex quo nihil aliud significatur, nisi, quod apud ordinarium prima instantia agiterur, cui quidem ordinario ex dicto Concilij decreto iurisdictio primæ instantiæ omnino competit. Verba enim † debent intelligi secundum ius, & secundum ordinem debitum, *Bal. in leg. cum antiquioribus, Codice de iure deliber.* Ordo debitus est, vt causæ coram ordinario in prima instantia ventilentur, & post diffinitiuam sententiam ad superiores per appellationem deuoluuantur, *capitulo prim. de foro competen. capit. duo simul, de officio ordin. dictum decretum Concilij.* Ergo. Quod si hoc non obtineret in terminis iuris communis, prædicta executorialia vim tantum simplicis citationis, vel monitoriæ obtinent, nec vigore ipsorum ordinarius, nec alius iudex spoli-

spoliare prædictum Sebastianum, nec aliquid contra eum facere possent, nisi declaratoria prædicti auditoris ob contumaciam rei postea secuta, *vt habetur per Castador. decisione 6. n. 10. sub titulo de caus. possess. & proprie. Otauia. Vestrus, vbi sup. dict. lib. 4. n. 8 ca. 4.* Præsertim cum non sit statutum in dictis executorialibus de beneficio ipso, cuius fuerit prouisio, & in quo mense vacauerit: nullum enim erat dubium, quin in mense ordinario vacasset, sed tantum actū fuit, an Episcopus cum prouidens amiserit alternatiuā, ex eo quod in mensibus Papæ asserebatur, quædam beneficia tunc vacantia prouisisse, & de iure ordinaria †collatio non impeditur, nisi quando est quæstio principaliter, cuius sit beneficium, *secundum Lancello. de attenta. 1. part. cap. 3. n. 120.* Imo† & quando agitur super possessione, & non super beneficio, non fit res litigiosa, & sic ordinarius potest conferre, *secundū eundem Lancello. ibidem, n. 135. cum sequentibus*, adeo; vt† etiam si suppleatur defect⁹, & inualiditas processus, non datur commissio sub tali validatione, nisi cum clausula, parte legitime citata, *secundum Gomet. in regul. Chancella. in compend. vtriusque signatura, fol. 165. in fi. versi. postremo quoad hanc.* Et †quamuis vt executorialia obseruari deberent, cum ex eisdem de nullitate notorie appareat, executor deputatus exequi nōn debet, *gloss. in cap. dicenti, §. & si non cognitio, 25. quæst. 2.* saltim nullitatis exceptiones tenetur admittere, licet super eis nō pronuntiet, sed ad superiorem negotium erit remittendum, & interim executio sententiæ differenda, *gloss. in dicto §. & si non cognitio, & gloss. in cap. de cætero, & ibi Abb. & omnes, de re iudic. communis secundum Menoch. de arbi. iudic. li. 1. q. 38. nu. 11. & 12.* etiam si sit merus executor, *secundum Menoch. ibi, & Feli. in cap. pastoralis, §. quia vero, de offic. de leg.* & sic inquit Bart. *in l. à Diuo Pio, in princ. ff. de re iudi.* quem sequitur Menoch. *de adipiscen. possess. reme. 4. num. 412.* quod† executor, qui habet mittere in possessionē, si corā eo opponitur nullitatis exceptio debet supersedere ab ipsa executione, & iudici qui executionē delegauit rescribere, vt is de ea proposita nullitate cognoscat, & sic quandocunque veniat, audiendus est, etiam non refectis expensis, *secundum Otauia. vbi sup. & Menoch. d. reme. 4. nu. 620.* Et sic est simplex citatio respectu talis citati, & per consequens ad superiorem à quo emanauit remittenda, imo† si tales nullitates notoriæ sunt, prout hic sunt, super eis potest executor, pronuntiare, *secundum Roma. consi. 51. vbi late, & Menoch. d. q. 38.* & licet de nullitate ex ipsa bulla vel executorialibus clare constet, vt constat, tamen si de alternatiua, vel alijs causis, quæ in facto consistunt ad fortificandas exceptiones nullitatis probare expediat, cum exceptiones nullitatis admittere omnino executor teneatur, *vt probatur in d. cap. de cetero, & ibi glo. & Doctores*, necessario etiam terminum ad probandum executor dare debet iuxta necessitatem, & distantiam locorum, vbi probationes fieri debēt, *ex leg. 1. & materia, C. de dilatio. & per Azonem ibidem.* Præmaxime cum ipsa executorialia non loquantur, neque mentionem faciant de dicto Sebastiano, tanquam contra non contentum in eis, nulla fieri poterit executio, *ex dictis per Suarez. in leg. post rem, in 2. limitatione, ad l. Regiam & per Nos in l. si n. 12. cum sequē. aliquib. tit. 21. lib. 4. recop.* Et finaliter, quia † fraus & dolus præsumitur in dicti Ludouici impetratione, ex eo quod dictus Martinus Castellanos erat senex, & durante vita eius, literas dictus impetrator Ludouicus non expediuit, vsquedum mortuus fuit, tunc petens se subrogari in locum dicti Martini Castellanos, quod tamen non induxit vitium litigiosi, *vt per Rotam relatam per Cassia decisione 7. de dolo & contum. & iterum decisi. 5. vt lite pend. & ex regula de subrogandis, Sanctissimi Domini nostri Sixti Quinti, mandato edita*, dictusque Martinus fuit possessor annalis, quo casu non datur litigiosi vitium, *vt per Gome. de annali possessione, quæst. fin.* Et sic ex omnib⁹ ijs apparet, omnino esse excludendum dictum Ludouicum, neq; exequi posse ipsius asserta executorialia.

CONSILIVM XIV.

Episcopus electus ad alium Episcopatum, non tamen per Papam confirmatus, neque bullæ expeditæ, si prouisionem faciat in suo primo Episcopatu; an valeat, & de publicatione gratiæ facienda intra sex menses à regula Chancellar. designatos.

SVMMARIA.

1 *Episcopus vnius Episcopatus nominatus ad alium Episcopatum, an possit interim, quod non capit possessionē illius, alterius Episcopatus prouidere beneficiā in primo vacantia, etiam alio ad illum electo Episcopo, & numero 3. Vbi quid in Abbatijs, & nu. 14. An administrare.*

4 *Electus non dicitur Prælatus; Neque habet exercitium iurisdictionis ante confirmationem, nu. 5.*

6 *Per nominationem Regis ad Episcopatum non adquiritur aliquod ius spirituale, sed tantum, ne opponi possit contra personam nominatam.*

7 *Electione adquiritur ius administrandi, & per confirmationem exercitium.*

8 *Prouisus ad Episcopatū, an possit ante possessionē conferre beneficia, vel interim ad ea præsentare & n. 9.*

9 *Prouisio Papæ habet vim confirmationis, & electionis.*

10 *Administrare & conferre quis potest, quam diu in officio sustinetur.*

11 *Excommunicatus toleratus potest conferre, & præsentare.*

12 *Resignans potest conferre donec eidem bulla prouisionis fuerint intimata.*

13 *Beneficia comprehenduntur sub verbo bonorum.*

15 *Concilia etiam si tanquam Euangelia sunt custodienda, interpretari tamen possunt.*

16 *Beneficium de quo Papa mandat prouidere, censetur reseruatum Papæ ipsi.*

17 *Papa in prouisione beneficiorū concurrit cū Ordinario.*

18 *Regula Chancellaria de publicandis resignationibus, quando locum habeat.*

19 *Resignationis verbo nō censentur alij modi vacādi comprehensi.*

20 *Publicatio sufficit quod fiat per duos, aut tres dies ante mortē resignantis, etiā si sex menses lapsi sint, & n. 21. Idem dicitur, si post mortē alius non est in possessione.*

22 *Publicationis vim habet adeptio possessionis cum continuatione.*

EPISCOPVS OXOMENSIS POSTquam fuit electus in Episcopum Placentinũ, & nominatus per Regem nostrum, & antequam confirmaretur per Papam eius nominatio, & bullæ expedirentur, vnà cum capitulo Oxomensi, prouisit canoniam pœnitentiariam in quendam Doctorem Spinosa, cum vnione præbendæ proximæ vacaturæ, & misit eum in possessionem pacificam, & dictus Doctor titulo & bulla Apostolica suam prouisionem confirmauit, cum clausulis consuetis & necessarijs: electus tamen in Episcopum ad dictum Episcopatum Oxomensem, allatis bullis dicti Episcopatus Oxomensis, & capta eius possessione per eum, voluit prouidere dictam Pœnitentiariam, dicendo, quòd suus prædecessor non potuit eam prouidere, eo quod tunc erat iam electus Placentini Episcopus, & ipse erat electus Episcopus Oxomensis. Dubitatum fuit de duobus:

1 Primò, an † dictus electus Placentini Episcopus facta electione & nominatione, per Regem ante confirmationem, potuerit prouidere dictam Pœnitentiariam, etiam existente alio in Episcopum Oxomensem nominato tunc 2 temporis? Secundo, si † electus hic ad dictam Pœnitentiariam existit de iure obligatus ad publicationem gratiæ confirmatoriæ, ei per Papam factæ intra sex menses à regula Chancellariæ designatos?

Et quoad primum dubium affirmatiue respondeo, Episcopum Oxomensem electum iam Placentinum potuisse iure optimo illam prouidere, etiam existente iam nominatione ad dictum Episcopatum Oxomensem de Episcopo successore, neque potuit se in hoc intromittere electus hic Oxomensis, etiam post confirmationem & possessionis apprehensionem: quo-3 niam in † Episcopatibus & Abbatiis iure priuatus est, qui administrat ante confirmationem, vel prouisionem à Papa receptam, etiamsi authoritate Regia electus sit, *ex textu eiusque materia in capit. auaritia, de electione, libro sexto, notat Rebuf. in praxi benefic. titul. de public. resign. glossa 18.* 4 *numero 35.* Et sic † electus tantum, non dicitur Prælatus, *secundum Probum in additio. ad prag. sanctio. titul. de collatio. §. item insuper, in fine, in addi-*5 *tione 14. folio 320.* Neque habet † exercitium iurisdictionis ante confirmationem, *vt per Ripam, in capit. eam te, numero 10. de rescriptis, & late Didac. Perez. libr. 1. ordi. columm. 261. cum 3. sequent.* Id-6 que fundatur optima ratione, quoniam † per consensum, si quem præbent Principes seculares in electionibus Episcopatuum & dignitatũ, non datur aliquod ius spirituale, sed illud fit, ne postmodum aliquid opponatur contra tales electos, *secundum Sel. de benefi. 1. par. quæstione 7. num.* 7 *19. fol. 71. in paruis.* Per electionem † enim acquiritur ius administrandi, per confirmationem verò exercitium; alioquin non prodesset confirmatio, *secundum gloss. in capit. quanto, 63. distinctione, notat Rebuf. alios allegans in tractat. de pacific. possess. numero 243. in impressione antiqua,* & sic in propositum in fortiori casu optime quærit idem Rebuf. *in praxi beneficiali, titulo, de simonia in resignatione, numero 16. pagin. 498. in magnis,* an † pro-8 uisus de Episcopatu vel Abbatia, aut Prioratu, beneficia conferre possit, antequam possessionem apprehendat, vel interim ad ea præsentare poterit; & distinguit duos casus, scilicet, quod aut vacat Episcopatus, Abbatia, vel Prioratus per mortem, & tunc simulatque prouisus est, poterit supra dicta facere de iure, *ex capit. transmissam, de electione,* vbi post confirmationem potest electus conferre; ergo † & prouisus à Papa; 9 quandoquidem prouisio habet vim electionis & confirmationis, *Doctores in capit. cum olim, de causa possess. & propriet.* & hunc casum, quia non attinet ad nos, omitto. Si vero & secundo, Episcopatus, vel Abbatia vacat per resignationem, vel omnissionem qualemcunque, non poterit nouus Episcopus vel Abbas conferre, donec possessionem acceperit, aliàs esset possessorẽ sua possessione priuare, quod non licet, etiam si iniuste possideret, *capit. cum qui, de prabend. in sexto, capit. placuit, 16. quæstione sexta capit. auaritiæ, de electione, libr. sexto.* Idque euidentius probatur: nam quamdiu † quis substinetur in officio, ad-10 ministrare potest & conferre, *capit. fin. octaua quæstione, quarto capit. ad probandum, de re iudic. leg. Barbarius, ff. de officio. præto.* Vnde † excommuni-11 catus toleratus potest conferre, & præsentare, *Innocen. in capit. si vero, in fine, de senten. excommun.* & alia optime per Rebuf. allegata, *vbi supr. nume. 31.* vbi inquit quod potest † resignans conferre, 12 donec bullæ prouisionis fuerint eidem intimatæ, nouusque Prælatus fidelitatem Regi præstiterit, & possessionem acceperit, *ex extrauagan. iniuncta, de electione, in communibus,* quo in loco prohibet Papa, ne eius ante receptionem literarum administrationem bonorum accipiat: & sub † 13 verbo bonorum beneficia comprehenduntur, *capit. primo, de prebend.* interdicitque Papa, *in dict. extrauagan.* ne qui recipiãt hos prouisos sine literis, aliàs canonici recipientes, vel alii suspensi sunt à perceptione beneficiorum, donec gratiam habuerint à Papa. Et quod omnes beneficiorum collationes ante literarum receptionem nullæ sunt, vt ibi inquit Papa, & Rebu. alia quam plura allegat, sic tenendo, & si in prouiso per Papam sic statutum videmus, quanto fortius idem dicemus in nominato à Rege, & non confirmato, vt talis per nominationem non amittat administrationem, quam tunc habebat alterius Episcopatus vel Abbatiæ, neque nominatus ad illum possit administrare conferre vel prouidere, vsque dum recipiat literas Papæ: præmaxime cum nominationem ipse Rex nominans mittit Papæ, & ipse Papa confirmat, & nominatio & confirmatio ipsi Regi & eius Consilio mittitur, & ibidem præsentat, & fidelitatem Episcopus præstat Regi & Regno, & recipit literas & non ante: imò & de consuetudine Hispaniæ, prout notum est, etiam Episcopus confirmatus non confert, neque administrat vsquedum literas & bullas cum mandato

dato Regio præsentat in capitulo suæ Ecclesiæ, & possessionem capit, ipse vel alius eius nomine: aliter enim capitulum illum non reciperet ad administrandum & conferendum beneficia & bona talis Episcopatus. Quo † casu stante dicta consuetudine nullo modo potest Episcopus electus & confirmatus administrare nec conferre ante adeptam possessionem Episcopatus, & interim prædecessor iuste possidet, *secundum Rebuf. in concor. Regni Fran. titul. de collatio. §. voluimus, verb. vacantia, in fin. pag. 100. iterum in practi. tit. de deuolutio. num.* 40. & in Francia idem fieri asserit Arnulphus Ruzæus, *in tractat. iuris Regaliæ, priuilegio* 58. Idque in propositum confirmatur & nostra assertio corroboratur: quoniam pœnitentiaria hæc vacauit in mense Apostolico, & sic neq; Episcopus Oxomensis tunc residens, neque successor eius eam prouidere poterant, attenta mensium alternatiua: nam Decreta Concilij Tridentini, *sess. 5. c. 1. & sess. 24. c.* 8. circa hæc disponentia, declaratione à congregatione Cardinalium ad hoc deputatorũ declarata sunt, vt non procedant in mensibus Apostolicis: nam Concilia † quantumuis tanquam Euangelia sunt custodienda, interpretari tamen possunt, *secundum Bald. in c. post translationem, nu. 1. de renunti.* & sic in hac prębenda Oxomensi declaratum fuit per dictam congregationem, vt proposuimus iam sup ra *in consil. 7.* super statuto fundamentali nostræ Ecclesiæ Placentinæ. Et ex dictis ibi id fundari etiam potest, ex eo quod licet Papa concesserit potestatem, tamen maiorem sibi retinuit, neq; censetur reuocasse reseruationem hãc mensium Apostolicorum, vt late deduximus *in dict. consilio*, quæ hic repetenda forent nisi ibidem essent descripta. Neque obstant verba alias in cõtrarium per aliquos considerata, *ex dict. decreto* 1. *session. 5. ibi (quomodocunq; vacauerint, excepta resignationis causa)* quoniam verba illa modos & formas vacandi respiciunt, non vero tempora: nam si tẽpora respicerent, dicerent vtique, quomodocũq; & quandocunque vacauerint, & sic nihil obstant nostro intentui. Item & vlterius facit in fauorem huius prouisi, quia † eo ipso, quod Papa mandat prouideri de primo beneficio, per manus appositionem, censetur primum beneficium reseruatum & affectum, adeo, quod alter præter Papam illud prouidere non potest, *secundum Rebuf. in pract. titu. de reseruatio. tam genera. quam speciali, num. 33. pag.* 117. Concurritque † ipse Papa cum ordinariis, *vt per Gome. de expect. n. 14.* plenissimam enim in beneficialib. habet potestatem, *ex c. 2. & eius materia, de preb. in 6.* cumque Papa in præsenti manus apposuerit, confirmando facta Episcopo & capitulo Oxomensi, non potest Episcopus postea confirmatus sese in hoc intromittere vllo modo, & hoc quoad primum punctum.

Quoad secundum vero punctum dico, non esse in hoc casu necessariam publicationem prouisionis Papæ, neque regul. *de publi. resigna.* obstitit, etiam si literæ non expediantur in curia Romana intra tempus regulæ illius, quoniam † dicta regula loquitur & procedit, quoties per viam resignationis fit prouisio à Papa, non vero, si per alium modum: tunc enim non habet locum regula illa, *de publicandis*, quoniam expressio vno modo vacandi in dicta regula, & sic per † resignationem; non censentur alii modi vacandi comprehensi, *ex textu in c. susceptum, de rescrip. in 6. c. cum in illis, §. 2. de preb. in 6. notat Rebuf. in dict. praxi benefi. sub eadem regula de publican. resigna glos. 3. numer.* 1. & sic non habet locum, si per mortem vacat, vt ibi per Rebuf. *gloss. 2.* vbi tamen inquit tutius esse, si fiat publicatio hęc, & literarum expeditio intra tempus regulæ ipsius. Item etiam, quia regula hæc de publicandis resignationibus, etiam in casu in quo per resignationem beneficium vacaret, non perderetur, ex eo quod intra sex menses illius regulæ publicatio non esset facta, sed valeret vtique gratia, dum † tamen publicatio fieret & possessio caperetur per duos, aut tres dies ante resignantis mortem, secundum Rebuf. *vbi su. gloss. 11.* quasi secus si eodem die quo resignans mortuus est, vt inquit ipse Rebuf. *ibi glo. 13. num. 10.* imo & quod plus est, quod etiam si post mortem resignantis publicatio fiat, & capiatur possessio, alio † tamen non existente in possessione per triennium, cessat regula dicta *de publican. secundum glos. antiquam, ibidem: & Bo. optime in decis. 24. & iterum in decis. 312. numero 2.* & sic fortius seruari non debet, si per alium modum, quam per resignationem. Vlterius, & quia quantumcunque in hoc nostro casu publicatio requireretur, quod non est dicendum, adhuc tũc censetur facta publicatio, quoniam possessio est adepta & pacifice vsitata & continuata, & † adeptio possessionis cum continuatione habet vim publicationis, *secundum Gome. sup. de reg. de publican. quæst. 11.* Ex quibus clare remanet iustificata iustitia huius prouisionis ab Episcopo, & Capitulo Oxomensi facta, neq; per successorem eius posse reuocari.

CONSILIVM XV.

Maioratus an censeatur constitutus per verba meliorationis tertii & quinti, & de materia difficili, an filii appositi in conditione, censeantur positi in substitutione, & de aliis dubiis circa clausulam cuiusdam testatoris, tenoris sequentis.

SVMMARIA.

1 *An maioratus sit constitutus per verba meliorationis, & cui deueniat, mortua filia meliorata & matre sua superstite.*

2 *Maioratus si non sit constitutus per verba meliorationis an per natiuitatem filiæ cessabit conditio ibi apposita.*

3 *Filia dicta an vocata censeatur, & in dispositione posita & substitutos excludat.*

4 *Vocatis pluribus expresse, an vltimo mortuo succedatur ab intestato, vel ex testamento, si testamentũ fecit.*

5 *Specierum enumeratio generalitatem restringere solet.*

6 *Alienationis prohibitio sine causa facta non impedit alienare, puta, quando vno tantum vocato prohibita est alienatio. num. 7.*

8 *Masculinum in multis voluntatibus continet in se fœmininum. nisi vt ibi. n. 9.*

10 *Conditio, si sine liberis decessit, cessat per natiuitatem filiæ. Etiam si grauatus decederet vxore pregnante. n. 11. nisi vt ibi. n. 12.*

13 *Conditionis euentus purificat actum.*

14 *Conditio, si sine liberis decessit, spirat, etiam si filia nata sine liberis decessit.*

15 *Conditio si sine liberis masculis decesserit, spirat per natiuitatem masculi tempore mortis, etiam si postea de eo aliud contingat, & ibi, de derelicto filiæ, si non nupserit nobili; & illo sequuto, an illud amittat, si secundo nobili nubat.*

16 *Substitutione prima sublata cessat & sequens ab ea.*

17 *Filij positi in conditione an censeantur positi in dispositione, anceps quæstio, & numer. 18. ampliatur ad meliorationem. & n. 19. quod procedit tam in descendentibus grauatis, quam in transuersalibus. & n. 37. d. regula declaratur.*

20 *Filij quando solum positi sunt in conditione, & non apparent aliter grauati in personis ipsorum, nõ dicitur induci aliquod fideicommissum, nec grauamẽ.*

21 *Substitutio non trahitur ad casum, de quo non loquitur.*

22 *Filij non honorati grauari non possunt, & n. 23. quod tale grauamen vel fideicommissum non valeret.*

24 *Coniecturæ ad coniecturandum filios in cõditione positos esse vocatos, & grauatos per testatorem, & nu. 25. Quod vt concludentes dicantur, ex verbis testamenti debent decerpi.*

26 *Voluntas testatoris ex actis coniecturatur, nec sufficit allegare sic testatorem voluisse. & n. 27.*

28 *Verba vbi sunt clara, vel sonum verborum habemus, interpretatio necessaria non est. & n. 29. quod in ea diuinandum non est.*

30 *Filij quod sint positi in conditione quoties in terminis simplicibus sumus, sine dubio tenendum est non esse vocatos, & idem in extraneorum testamentis.*

31 *Fideicommissum quando inductum censeatur vbi prima ponitur coniectura.*

32 *Alienationis prohibitio cessat substitutione cessante.*

33 *Substitutio semel extincta amplius non reuiuiscit. & n. 34. vbi, & alia coniectura fideicommissi ponitur, num. 36. iterum dicitur.*

35 *Tacitum resultans ex expresso retinet naturam & qualitatem expressi.*

37 *Regula desumpta ex l. Lucius, l. 2. ff. de hered. inst. declaratur.*

38 *Filij possunt actiue vocari, & per hanc vocationem actiuam non dicuntur passiue grauari.*

39 *Filij licet sint grauati, non censentur ex hoc positi esse in dispositione.*

40 *Testator quando strictiue in dispositione processit grauamen non extenditur ad liberos instituti.*

41 *Testator quando dicatur strictiue processisse.*

42 *Geminatio induxit enixam voluntatem testatoris.*

43 *Filiorum appellatione non continentur nepotes, quando de grauamine filiorum tractatur. & n. 45. Quid in fideicommisso.*

44 *Fideicommissum est onus & grauamen.*

46 *Vis maior esse non debet in termino referente, quam in relato, cum omnibus conditionibus, & qualitatibus eius, imo esset absurdum plus in referente, quam in relato inesse. ibidem.*

47 *Relatio in dubio debet fieri ad proxime præcedentia. Et ad ea que sunt posita dispositiue, & nõ conditionaliter, ibi.*

48 *Qualitas adiecta in vna oratione non debet iudicari repetita in alia, quando diuersæ sunt orationes & distincta & vnaquaque habet in se perfectam orationem. Vbi & remissiue ad declarationem regulæ illius, quod vna pars testamenti debeat per aliam declarari.*

49 *Substitutiones omnes expirant primi aditione.*

50 *Expressi in substitutione non censentur vocati simul & semel, sed ordine successiuo, quando inter eos qui vocantur per copulam cadit non solum ordo charitatis, sed etiam concurrit necessitas instituendi, vel substituendi vbi & limitatiua ponitur.*

51 *Grauamina, vocationes, & substitutiones, posita in meliorationem tertij & quinti prius sunt apponenda inter descendentes & consanguineos testatoris, quã deueniatur ad extraneos.*

52 *Testamentum an valeat sine institutione hæredis, & ibi quid in codicillis.*

53 *Pupillaris an in casu nostri primi dubii contineatur sub compendiosa substitutione. & ibidem, quod expressa pupillaris excludat matrem.*

54 *Pupillaris substitutio an inducatur per verba illa (si muriere dentro de la edad pupilar de poder testar) licet deficiant illa verba, si filius meus hæres erit.*

55 *Intellectus Couar. refertur ad l. 1. tit. de los testamẽtos, lib. 5. recop. & refutatur.*

56 *Iura cõmunia & Partitarũ quibus dispositũ erat hæreditati aditionem eius esse necessariam corrigũtur per dictam l. 1. tit. de los testamentos libro 5. recop.*

57 *Institutio hæredis an sit necessaria circa filiorum legitimam.*

58 *Incertitudo pecuniæ, vel quantitatis vel eorum quæ pondere numero & mensura consistunt, vitiant dispositionem, tam in contractibus, quam in vltimis volũtatibus, & n. 61. Alia de incertitudine, & quid de æquitate canonica ibi.*

59 *Hæres nullus iudicatur vbi non apparet quis hæres.*

60 *Substitutio dubia interpretatur contra illum qui se ex ea adiuuare vult.*

61 *Substitutio pupillaris dubia matrem non excludit. & numero 65.*

62 *Incertum quod dicatur.*

63 *In institutione hæredis an possit aliquid defectuosum suppleri.*

64 *L. 1. tit de los testamentos, lib. 5. recopilationis, in quãtum omisit hæredis institutionem, an procedat in testamentis in scriptis.*

65 *Substitutio fieri non potest in ampliori quantitate, quam substitutus à subsistente poterat habere.*

66 *Filia an hæres instituta censeatur in casu quinti dubij. num. 66.*

Testator quidam in quadam sui testamenti clausula ita disposuit.

Iten mando tercio y quinto de mejora de todos mis bienes, à Lucas, y Beatriz mis hijos, y sino tuuierem hijos legitimos de legitimo matrimonio, mando el dicho tertio y quinto à Iuan mi nieto, hijo de Diego mi hijo, y si falleciere el dicho Iuan mi nieto, venga à otro hijo del dicho Diego, el

que el

que el quisiere, macho ò hembra, el qual dicho tertio y quinto les sennalo en las dichas azennas, y que no las puedan vender, ni trocar, ni cambiar ni enaganar, sino que siempre vengan al hijo, ò hija mayor de los dichos Lucas y Beatriz mis hijos, ò de los hijos, ò hijas del dicho Diego mi hijo, como dicho es, y començando primero del dicho Iuan mi nieto, si fuere viuo, ò sino como dicho es, del hijo ò hija, que el dicho Diego mi hijo sennalare, y que no las pueda obligar à ninguna deuda, y si las obligarem, no valga la obligacion.

Postea vero per codicillum testator reuocauit d. meliorationem tertii & quinti quoad d. Beatricem filiam suam, & disposuit, *que solamente hazia el dicho tercio y quinto en las dichas azennas al dicho Lucas su hijo, y en todo lo demas confirmo y aprouo el dicho su testamento, en todo y por todo como en el se contenia.*

Tempore labente d. Lucas melioratus cõtraxit matrimonium iuxta tenorem & formam Cõci. Trid. cum quadam Maria, & ea remanẽte prægnata, decessit dictus Lucas eius sponsus, & tandẽ dicta Maria peperit filiam quandam ex dicto Luca ob quod fuit de tribus dubitatum.

1 Primum, an † attenta d. clausula meliorationis fuerit per eam constitutus maioratus in d. tertio & quinto, & dato quod esset maioratus mortua filia hac, matre sua viua remanente, cui, aut quib. deuenient dicta bona meliorationis.

2 Secundum dub. fuit, si in † casu quo nõ sit maioratus, si cessauit conditio d. clausulæ, & eius vocationum per natiuitatem dictæ filiæ.

3 Tertium vero dubium fuit, si dicta † censetur vocata, & in dispositione apposita, aut si non est vocata, num succedet in dicta melioratione, ita vt excludat substitutos descriptos & appositos, meliorato sine filiis decedente.

Et quoad primum dubium sustineo partem negatiuam vt veram, scilicet, quod per dictam clausulam nullus fuit constitutus maioratus, neque actus perpetuus, sed temporalis potius, tum, quia nullæ perpetuæ vocationes factæ fuerunt, tum etiã, quia expresse nominauit & designauit testator personas habẽtes succedere in dicta me-4 lioratione, quo † casu vltimo ex vocatis decedẽte (in casu, in quo conditio, si sine liberis decesserit, dicto Lucæ posita, deficeret) dictæ vocationes cessauerunt, & succedent consanguinei ab intestato, vel ille, quem vltimo vocatus moriens designasset, *vt probatur ex l. qui solidum, §. prædium de leg. 2. l. pater filio. §. fundum Titianum. de leg. 3. tex. in l. cum ita legatur, § in fideicommisso, de leg. 2. vbi vltra omnes Peralta, quem & alios refert Molina, de primogeniis, lib. 1. cap.* 5 *14. n. 1.* Nam † enumeratio specierum generalitatem restringere solet, *l. cum de lanionis, §. quidem, & § cui fundum. ff. de fundo instr. l. legatorum. §. 1. de leg. 2. l. grata supellectili, vbi scribentes, ff. de supellect. legat. facit dictum Imolæ relatum per Molin. vbi sup. d. lib. 1. cap. 4. n. 31. & 5. cap. n. 37.* & consequenter cessante substitutione, vt statim probabitur, cessat etiam prohibitio alienationis, vt inf. dicemus in resolutione tertii dubii, cum in hac clausula nulla adsit coniectura ex expressis in iure, quæ sit sufficiens ad intelligendum, hic esse constitutum vinculum, aut maioratum, neq; in ea concurrit vlla ex coniecturis propositis à Moli. *vbi sup. lib. 1. cap. 5. per totum*, ex quibus coniecturatur maioratus: imo, quod fortius 6 est ꝙ prohibitio † alienationis facta in dicta clausula, eo ꝙ sine causa facta fuit, alienationem non impedit, diciturq; nudum præceptum testatoris ꝙ successores non adstringit, *ex tex. in l. pater filiũ, §. Iulius Agripa, de leg. 3. & communiter scribentibus, in l. Lucius in principio, de legatis 3. teste Molina dicto lib. 1. cap. 6. n. 3.* puta quando † vnus tantum est vocatus, & 7 simpliciter prohibitus alienare, *secundum Gabrielẽ in suis communibus opinionibus, titulo de fideicommiss. cõclusione 9. n. 1.* & quamuis substitutis non poterat præiudicare, istud verum est, nisi substitutio cessaret, prout cessauit. Ex quibus satis fit secũdo dubio supra proposito, scilicet, quod cum non sit vinculum, neq; maioratus, cessauit conditio (*si sine liberis decesserit*) apposita personæ dictæ Lucæ per natiuitatem dictæ filiæ suæ, eo ꝙ † in vltimis 8 voluntatibus, masculinum continet in se fœmininum, *ex l. qui duos, in fin. de legatis 3. & l. Lucius, §. quæsitũ*, vbi nisi aliud sensisse testatorem probetur, *eodem tit. l. si quis ita. de testam. tutel. l. si ita scriptum, de legatis, 2. & l. seruis legatis, de leg. 3. tenet Decius & ab eo relati, in consil. 270. in prin. & Rolan. Valle, consil. 93. n. 3. & 4. & 17. vol. 2. & communem testatur Decius consil. 570. col. 2. in prin.* & Ancha. *in quæstionibus suis, quæst. 37.* vbi limitat, nisi † aliud senserit testator: ꝙ adeo 9 verum est, quod etiam † per natiuitatẽ filiæ veri- 10 ficatur conditio, *si sine liberis decessit*, etiãsi sit tãtum vnica filia, *vt ex tex. in l. non est sine liberis, de verb. signi. & in l. 1. C. de condi. inser. late Tiraq. l. si vnquam, verbo, susceperit, n. 226. cum sequentibus pluribus, C. de reuocandis donationibus, Tiberius Decianus responso 1. n. 26. cum sequentibus, & num. 40. cum sequentibus, volumine 2. & iterum in responso 74. num. 1. cum tribus sequentibus, & in responso 94. per totum. vol. 3. & in responso 12. per totum, volum. 1.* & Menoch. *consil. 65. lib. 1.* vbi ampliat, etiam si essent filii naturales & spurii, *& Cephalus cons. 306. num. 1. cum sequenti. plurib. vol. 3.* & an comprehendat naturalem & illegitimum, vide eundẽ Decia. *resp. 1. n. 70. volumine 2. & respon. 1. nu. 43. vol. 1. quid in adoptiuis & Pelaez de maiora. fol. 306. num. 14. 2 par. quæst. 6.* & Paris. *consil. 48. num. 4. cum sequenti. volum. 2. vbi limitatur, & iterum in cons. 39. nu. 1. lib. 2. & Crass. inf. allegandus in quæst. 35.* & hęc est magis cõmunis, vt testatur Costa *in cap. si pater, verbo, si absq; liberis, num. 25. de testam. in 6.* vbi *num. 38.* hoc ampliat, etiam † si grauatus decederet vxore prægnan- 11 te, *ex tex in l. si quis prægnante, de reg. iur. notat Manti. de coniecturis vltim. volun. lib. 11. tit. 6. numer. 8. & 9. & Crassus inf. allegandus in q. 23. num. 7.* dum tamen pariat, & partus viuat per 24. horas, & baptizetur, secundum dispositionem *l. 13. Tau.* vt ibidem inquit ipse Acosta, *n. 33.* Manti. *vbi su. lib. 11. tit. 6. n. 6. ad fi.* nisi filia per testatorẽ esset exclusa: nã tũc filia nõ faceret deficere dictã cõditionẽ, *secundum Soc. Iun. cons. 155. n. 4. vol. 1. & iterum cons. 164. numer. 84. eodem vol.* vel † nisi aliud ex mente testatoris con- 12 staret, *vt per Manti. vbi sup. & per Cepha. cons. 306. numero 13. vol. 3.* Et cum sponsa dicti Lucæ ipso Luca mortuo, peperit filiam, quæ adhuc viuens est & baptizata, & testator filiam non exclusit, defecit conditio illa, si sine liberis decederet, quia dispositio facta sub conditione cessat, illa deficiente,

l. 1. ff. de

13 l.1.ff. de conditio. & demonst. cum similib. & euentus † conditionis purificat actum, vt probant iura allegata per Burgos de Paz consil. 9. num. 12. vbi legem 14 quandam Partitarum pro hoc allegat, & † sic spirauit substitutio, etiã si filia ipsa sine liberis mortua sit, vt probatur ex tex. in l. cum vxori. C. quando dies lega. cedat, & in l. heredib. in princip. ad Trebel. per quæ 15 iura dicit Oldrad. consil. 21. quod substitutio † facta alicui, si sine liberis masculis decesserit, deficit stantibus liberis masculis tempore mortis, quidquid de liberis postea contingat, & sequuntur plures relati per Molin. in dicto capitulo octauo, num. 16. & communem testatur Crauet. consil. 48. num. 1. & Crassus recep. senten. §. fideicommissa, quæst. 23. numero quarto, cum sequentibus, quem & alios relatos reperies inter communes opiniones Socini Iunioris, in versic. substitutio facta sub conditione, pag. 699. & plures sequentes Oldradum refert Tiraquel. in dicta l. si vnquam, verbo susceperit. numero 190. vbi numer. 187. cum sequentibus pluribus plura similia allegat, & communiter etiam approbatum dicit Tiber. Decia. responso 2. numer. 28. volum. 2. & Crauet. consilio 98. numero primo cum sequentib. & sic etiam, si tales filii non succedant, deficit conditio secundum Aym. Crauettam cõsil. 62. num. secundo, volum. primo, & in qualitate, quæ per momentum sufficit adesse, non in ea quæ requirit perseuerã iam vt in relicto filiæ, si non nupserit nobili: quia licet primo nubat ignobili, & relictum consequatur, si tamen postea nupserit nobili, amittit relictum, secundum Gamam, decisio. Lusita. 27. n. 5. & ita etiam declarat Cras. receptarum 16 sententiarum, § legatum, q. 53, & sublata † prima substitutione cessat, & sequens dependens ab ea, vt habetur in l. cum testamento in princip. de heredib. instituend. tenet Paris. consilio. 44. numero quarto, volum. 7. Neque obstat, quod videantur grauati etiam filij nati, vt restituã substitutis; quia hæc obiectio ex responsione sequentis dubii soluta remanebit.

Tertio vero dubio satisfaciendo, ita quod supradictis non obstet, dico, in primis tertium hoc dubium esse de difficilioribus iuris, & altã & profundam continere quæstionem, secũdum Ant. Gab. in com. suis opin. tit. de fideicom. cõcl. 4. & Manti. de coniect. vlt. vol. li. 11. tit. 2. per totum. In quo dubio communior est & verior opinio, & quæ in iudicando 17 & consulendo sequenda est, quod filii † positi in conditione tantum vt hi apponuntur, ibi: Si no tuuiere hijos, de legitimo matrimonio, non cẽsentur positi in dispositione, & sic non sunt vocati neq; grauati de restituendo ex testamento aui sui, sed excludunt substitutum, eo quod faciunt deficere conditionem, & succedunt ab intestato, & ex testamento, & sic filia hæc Lucæ, succedit ipsi Lucæ ab intestato, si intestatus decessisset, vel ex testamento, si testamentum fecit, & filiam in eo hæredem instituit, vt firmat glos. vulg. licet ab omnib. laudata, & approbata, in l. Lucius, la 2. ff. de hered. instituen. glos. fi. quam ibi sequuntur Doctores, & alii relati per Ant. Gabriel. vbi sup. vbi n. 2. in fin. hanc testatur magis communẽ opinionem, & Acosta c. si pater, 1. p. verbo, si absque liberis, num. 53. quæst. 11. per totam, prout & testatur, dicens, non esse ab ea recedendum in iudicando & consulendo, & quod ita iudicatum vidit Alex. consi. 173. n. 2. & 178. nu. 15. vol. 7. & Decius cons. 270 vol. 1. & Rolãd. à Valle, cons. 51. per totum, lib. 3. & Clarus lib. 3. Selectarum sent. verbo testamentum, q. 77. & Filibert. in tract. de conditio. & demonst. lib. 2. tit. 2. num. 8. in med. & Parisius consil. 86. n. 1. & 6. volum. 2. & Tiber. Deci. consil. 59. numer. primo, volum. 2. qui & in consil. 31. num. 118. volum. 1. veriorem testatur & Crassus receptarum sententiarum, §. fideicommissum. quæs. 13. & 14. & hanc regulam testatur per multa tempora esse communem, & quodammodo canonizatam, tam in scholis, quam in palatiis, ita vt sit nefas ab ea recedere, maxime in iudicando & consulendo, Socinus Iunior consi. 118. numer. 10. vol. 1. quem post hæc vidi relatum & sequutum per eundem Deci. respon. 1. num. 96. volum. 2. quam late defendit Alexan. consil. 330 volum. 2. alias est consil. 185. volum. 2. & Roland. Valle, consil. 51. numero quinto, volum. 3. & nouissime Manti. de coniectu. men. testato. lib. 11. titulo 2. numero primo, cum sequenti. & ibi mediis & rationibus eam tuetur, & contrariis satisfacit, etiam si contrariam veriorem & receptiorem dixerit Socin. relatus per Cepha. consil. 251. numer. 72. volum. 2. & Tiber. Deci. d. consil. 31. numer. 30. & num. 114 volum. 1. & melius in consil. 79. n. 5. & 6. vol. 2. latius in consil. 44. per totum, volum. 3. vbi hanc tenet intrepide, quoties positi in conditione sunt descendentes testatoris, quem tamen Decia. in hoc etiam reprobari magis communiter testatur, Anton. Thesau. decis. Pedemont. 96. numero septimo, vbi per totam illam decisionem latissime hanc prosequitur quæstionem, & è nostris tractatur ita tenendo late per Cou. in cap. Rainutius, §. 3. numer. 1. & Anto Gom. tomo 1. var. cap. 3. de vulgari numer. 23 & eodem tom. c. 5. num. 42. & glos. verbo, el mas, col. 1. l. 2. tit. 15. par 2. & Molina de primogen. lib. 1. cap 6. numer. 1. & Menes. l. cum acutissimi, num. 46. C. de fideicom. vbi n. 4. amplat id etiam † procedere in melioratione 18 tertii & quinti, cum & in legatis, secundum eum ibi procedat, vt communem testator Mencha. de succes. progres. lib. 1. §. 4. numer. 5. vbi aliis duobus modis regulam hanc ampliat, & quatuor, vel tribus modis limitat, & Galiaula l. centurio, colum. 1. de vulg. & ibi Loaces additio. 1. & vltima. fol. 26. incipit liberis, & Barba. consil. 66. nu. 4. volum. 1. & pro ea adiicit nouem rationes, idem Barba. in l cum acutissimi, charta 17. cum seq. C. de fideicõ. & cons. 27. col. 8. vers. capio tertiũ cum seq. vers. vol. 1. quidquid ipse velit contrariũ tenere pluribus fundamentis, quib. respõdent DD. primam tenentes, & præsertim Alexand. dicto cõsil. 185. volum. 2. & Socin. consil. 116. volum. 3. qui quidem testã tur, quod dicta glossa d. l. Lucius procedit † tam in descendentibus grauatis, quam in 19 transuersalibus, vt & per Celsum consil. 68. numero sexto, 10. & 11. & hoc est sine dubio, prout & communem testatur Socinus consil. 116. in fine, volum. 3. & veriorem & communiorem contra Decian. aliud dicentem, vt dixi su. tenet Anton. Thesau. dicta decis. Pedemon. 96. numero septimo, & nouissime ampliando & limitando, ita tenet Mene. dicta l. cum acutissimi, n. 46. vsque ad 52. & latissime Simon de pretis de interpret. vltim. volunta. lib. 3. solutio. 2. incipien, exinde autem maiores, pag. 161. cum sequentib. vbi per conclusiones prosequitur, & declarat, in dicta solutio.

solutio. 2. cum tribus sequentibus, & hanc esse etiam hodie magis communem testatur Iulius Clarus, *in verbo testamentum. quaest.* 77. Et cum filia haec Lucae apposita in conditione, remansit viua post mortem patris sui grauati; defecit omnino conditio illa, *si sine liberis decesserit legitimis*, etiamsi filia haec sine liberis decedat, *secundum Oldra. ab omnibus sequutum in consil. 21. quem & alios referens. sequitur Anton. Gab. vbi sup. conclus. 7. vbi communiter approbatum testatur* Tiber. *Decia. d. respon. 2. numero* 28. *volumine 2.* quoniam vt inquit Bart. *in d. l. centurio. de vulga. col. 12. versic. quaero vlterius.* communiter approbatum, *secundum Paris. consil. 31. numero 5. volumine 2.* quando † filii solum positi sunt in conditione, & non apparent aliter grauati in personis ipsorum, non dicitur induci aliquod fideicommissum, neque grauamen, & hoc secundum Paris. *vbi sup. num. 6. ex Ioanne Andr. & Oldra. Socin. & Abb. per eum relatis, & per Rubeum consil. 120. numer. 5. & Molin. de primog. lib. 1. cap. 4. nu. 5.* dici potest regula illa, quod substitutio † non loquitur in isto casu, prout & inquit optime Crauetta, *cons. 745 num. 5. volum. 5.* & ratio rationis esse potest: nam † cum honorati non sint filij ij positi tantum in conditione, eo quod non sunt vocati, grauari non possunt, *ex l. ab eo, C. de fideicommis.* imo & † quantumuis tunc grauarentur, non valeret grauamen, neque fideicommissum subsisteret, nec vocati censentur, secundum Paris, *vbi sup. numero quarto, & iterum in dicto consi. 86. volum. 2.* hanc communem contra Bart. dicentem, quam è contra Bart. testatur communem, Iason. relatus & sequutus per Menchacam *vbi sup.* & magis communem testantur quamplures relati per Crassum *recepta. sent. §. fideicommissum, q. 7.* & alii plures relati per Clarum, *d. verbo testamentum, q. 78.* vbi *& in quaest. 79.* reprobat hanc & alias coniecturas, quibus † Doctores nitebantur fundare mentem testatoris, ad coniecturandos filios in conditione positos, esse vocatos & grauatos, quas coniecturas descripsit etiam Graueta, *consil. 785. numero 15. cum sequentibus volum. 5. & Cephalus consil 151. num. 75. cum sequentibus volum. 2.* & late numerat eas & defendit Tiber Decia. *cons. 31. num. 118. cum seq. vol. 1. & iterum in consi. 44. n. 13. cum seq. volum. 3.* & eas & alias reprobat etiam Socin. optime *dict. consil. 116. vol. 3. & Paris. d. consi. 85. & 87. vol. 2.* & Roland. à Valle *consi. 51. volum. 3. & Socin. Iunior dicto consil 118. & Manti. vbi sup. d. lib. 11. tit. 3. per totum*, adeo, vt † etsi omnes hae coniecturae reprobatae per dictos Doctores possent coniecturari in testamēto aliquo, non sufficerent, nisi legitimae forent, & concludentes, & ex verbis testamenti colligeretur, *vt optime inquit Rolandus vbi sup. numer. 11. & Paris. dicto consil. 86. & 87. numer. 7. & 17. & 18. volum. 2. & Ripa responso 31. numer. nono, secundum meam impressionem.* Non † enim secundum eos sufficit allegare, testatorem velle, nisi & constet ad aliquem actum dispositionis processisse, ex tex. *in l. quidam cum filium, & l. quoties, §. tantundem, ff. de haeredib. instituen.* per quem tex. dicunt ibi Bald. & Imola, non sufficere testatorē voluisse, nisi disposuerit: nec sufficiens esse aliquid in intentione, nisi id etiam sit in dispositione: voluntas † enim testatoris tunc attenditur, quoties de illa dispositione constat, *vt per Bal. in d. l. quidam, & Gamam, decisio. Lusit. 27. nu. 3. & Celsum cons. 53. nu.* 1. Nam vbi † verba sunt clara, cessat omnis interpretatio, *l. 3. C. de libe. praet. l. ille, §. cum in verbis, de leg. 3. Tiber Decia. consil. 40. nu. 9. vol. 1. & respon. 2. num. 63 cum sequentibus aliquibus, vol. 2.* & vbi habemus sonum verborum non indigemus interpretatione, *Bal. in c. 1. colum. 6. de constitutio. & Iaso in consil. 108 col. 2. volum. 1. & melius in consilio 143. numer. 3. & 4. volum. 4.* In interpretanda † namque testatoris voluntate, diuinare non debemus, cum in hoc plerunque erretur, *vt per dictos Doctores, & Molina de primogen. Hispan. lib. 1. cap. 4. nu. 6. & 28.*

Quae quidem coniecturae cum à dictis Doctoribus sint reprobatae, neque in nostro militent casu, omninoq; reijciendae sunt, neque est necesse super eis insistere: [illegible]m vt inquit Simon de Praetis *in dicta solutione 2. num. 11. pag. 164.* quoties † sumus in simplicibus terminis, quod filii sint positi in conditione, indubitanter tenendum est, non esse vocatos, & ibi in extraneorum testamentis, idem esse dicit, solum tamē duas, aut tres coniecturas, ex clausula sua resultantes referemus, & eis satisfaciemus, vt sic remaneat in nostro casu vera & tenenda opinio glos. d. l. Lucius sup. à Doctoribus relatis communiter & magis communiter approbatae. Quarum prima coniectura est, ex eo quod videtur ex hac nostra clausula inter hos institutos & substitutos prohibitam esse alienationem bonorum dictae meliorationi assignatorū, & sic inter † eos videtur inductū fideicōmissum, *vt per Ruinum, & alios relatos per Marzarium, consi. 4. num. 4. & in pluribus casibus relatis per Crassum, dicto §. fideicommissum, quaest. 5 per totum*, ita vt sine vlla diminutione manere debeant bona meliorationis inter hos institutos, & substitutos, & per consequens quod sint grauati, alias enim nō possit habere locum prohibitio alienationis, quod videtur dicendum, prout in simili arguebat Ludouicus Gozadinus, *consi. 64. n. 13.* Et in substitutorum praeiudiciū alienatio fieri non potest, *l. Marcellus, §. res quae. ff. ad Trebel.* Huic enim coniecturae faciliter & vere respondetur, scilicet, quod quamuis per eam videretur, testatorem filios hos patris grauati, grauare (quod non vbiq; fateor) nihil valet grauamen, neq; fideicommissum: quia in clausula & conditione non fuerunt vocati, nec honorati, & sic grauati non poterant, etiam expresse: quia quē non honoro, grauare non possum, *l. ab eo, C. de fideicommis.* tum etiam (dato, sed non concesso) ꝙ grauari possunt, id esset verum, si fideicōmissum esset purum, vel si conditionale, & conditio non deficiebat; secus si esset conditionale, & conditio deficit, prout hic per existētiam huius filiae à Luca grauato progenitae: quoniam tunc deficit etiā substitutio, & fideicommissum, & potest grauatis alienare, ex quo per conditionis defectum est effectus dominus irreuocabiliter, *secundum Parisium cons. 87. n. 53. vol. 2.* cessante † namque substitutione, cessat prohibitio alienationis. *vt l. fi. §. fi. C. commun. de leg.* notat Soci. Iun *cons. 118. n. 27. vol. 1.* vbi illud consilium fecit pro defensione emptorum similium

milium bonorum. Et faciunt dicta *inf. consil. 18. n. 20. cum sequen.* Et quia cũ in præsenti, filia hæc Lucæ meliorati ab intestato patri suo (si intestatus decessit, vel ex testamento, si testatus) succedat, excludit substitutum, & contra alienata filia hæc venire non potest, *secundum Socinum, consil. 116. in fine, vol. 3. Roland. dicto consil. 51. ad fin. vol. 3. & Boer. decis. 155. nu. 11.* Nam † substitutio semel extincta nunquam reuiuiscit, *vt per Tiber. Decia. respon. 86. nu. 41. vol. 3.* & sic cessat hæc prima coniectura. Nec damus hic rationem agnationis conseruandæ, eo quod non est perpetua alienatio, sed temporalis inter hos vocatos, vt supra diximus: item & conditionalis, taliter, quod adueniente conditionis defectu, deficit substitutio, & omnia quæ inde sequi possent, *ex reg. cum principalis, ff. de reg. iuris, & ex l. fi. C. de const. pec.* & † quia substitutione prima deficiente, omnes aliæ sequentes ex ea deficiunt, *ex. l. cum in testamento, in prin. ff. de hered. instit. notat in his terminis Paris. dicto cons. 87. n. 37. volum. 2.*

Alia vero coniectura, quæ videbatur capi posse ex sequentibus verbis appositis in medio huius clausulæ, ibi: *Sino que siempre vayan al hijo, ò hija mayor de los dichos Lucas y Beatriz mis hijos, ò hijas del dicho Diego mi hijo, como dicho es.* Ex quibus verbis coniecturari potest, testatorem hunc vocasse filios appositos in conditione & grauasse, cum dicat: *Siempre vayan al hijo, ò hija mayor de los dichos Lucas:* ita quod hæc sit vocatio. Et ibi: *O de los hijos, ò hijas del dicho Diego mi hijo,* sit substitutio, & sit grauamen, & per consequens sint vocati & grauati, & decedentibus sine filiis veniant substituti, non vero hæredes ab intestato huius filiæ, quod quidẽ non obstat: quoniam huic difficultati & coniecturæ pluribus modis satisfieri potest. Quorum primus est, quod testator in his verbis nihil ponit in esse, cum in principio clausulę vbi apposita fuit conditio (*si sine liberis decesserit*) filios hos in conditione appositos non vocauerit, & cum hæc cõditio deficiat per existentiã huius filiæ, & sic substitutio euanescat, omnia inde sequuta per consequens euanescunt, & nulla sunt tanquam dependentia, à d. substitutione, *ex vulg. reg. l. cum principalis, ff. de regul. iur. & in l. fin. de constit. pecu.* & quia † tacitum resultans ex expresso retinet naturam & qualitatem expressi. *l. si sponsus, §. 1. ff de donatio. inter vir. & vxo. notant omnes in l. cum quid. ff. si cert. pet. & Tiber. Decia. respon. 1. n. 233. vol. 1.* In prima autem substitutione non vocauit hos: ergo neq; in hac substitutione depẽdente à prima, & sic prima extincta, & hæc extinguitur: in hac enim materia † sublata prima substitutione, omnes etiam substitutiones subsequentes dependentes à prima spirãt & euanescunt, *vt habetur in l. cum in testamento, in prin. ff de hæredib. instituen. & in l. si mater, §. fin. de vulg. & post alios ibi notat Ias. notabili, 2.* estque doctrina Bart. & aliorum relatorum per Paris. *consil 87. n. 37. lib. 2.* vbi in nostra materia refert eos & sequitur & Simon de Prætis, *d. 2. solutio. n. 14. pag. 164. & ex Oldral. consi. 21. & aliis ibidem relatis.* Secundus vero modus respondendi est: quoniã cũ in hac difficultate testamẽti testator diuersas cõstituerit orationes & perfectas, & sic diuersa capitula, ẽt si sine veri prædicio in hac clausula (*Sino que siẽpre vayã, &c*) testator vocasset filios grauiti, nõ est censendũ, in principio clausulæ eos vocasse, & sic in dispositione posuisse: quoniã † regula illa dictæ gl. d. l. Lucius, est adeo vera, ꝙ ẽt si filii in cõditione positi in alia parte testamẽti essent positi in dispositione, & vocati, non est censendũ esse vocatos in appositione cõditionis, *secundũ Soc. cons. 116. n. 2. vol. 3. & Paris. cons. 44. & 86. n. 40. vol. 2. vbi refert Alex. ad hoc in d. consil. 185. & refert eos etiam Ant. Gabr. dicta concl. 4. amplia. 2.*

Tertio itidem modo respõdeo: quoniam quãtumcunq; ex dicta clausula (*Sino que siempre vayã, &c.*) cẽserentur filii in principio ipsius clausulę in conditione appositi & vocati per verba hæc, *sine quisiere,* non vero censentur grauati: quoniam testator hoc non declarat, & sic potest dici, quod substitutio de te non loquitur in hoc casu, & vocatio eorum censetur facta, vt succedant ipsi vocati, in melioratione actiue, non vero passiue, ne censeantur grauati restituere substitutis ex dictis optime per *Paris. consi. 31. num. 23. cum sequentib. volum. 2.* vbi *numero. 28. & 29.* allegat Socinum pluribus rationibus & decisionibus concludẽtibus, fundantem, quod possint † filii actiue vocari, & per hanc vocationem actiuam non dicentur passiue grauari, vt & inquit Simon de Prætis *d. pag. 164. n. 4.* sicuti quis vocando filios fratris, stantib. filiis, non videtur eos grauare, vt restituant eorũ filiis, prout ex Paulo de Castro & aliis refert, & tenet A. Rubeus Alex. *consi. 120. n. 5,* & item è cõtrario, licet † filii sint grauati, nõ cẽsentur ex hoc positos esse in dispositione, *secundum Couar. in cap. Raynutius, §. 3. n. 2. de testam. & Manti. de coniect. vltim. volunt. in lib. & titul. supra citatis. n. 1. col. 2. & latius in lib. 11. tit. 3. n. 2.* Quarto respondeo: Quoniam quantumuis ex dicta clausula, (*Sino que siempre vayan*) censerentur filii Lucæ vocati, & in cõditione appositi, adhuc in isto casu non censerentur grauati, eo quod † testator restrictiue processit in hac meliorationis clausula, nominatim vocando, & grauando Lucam & Beatricem sororem eius, quo casu non extenditur grauamen ad liberos Lucæ etiam vocatos, *secundum Aymon Craue. consilio. 98. numero quarto, cum sequentibus volum. 1. & plures referens sequitur Simon. de Præt. in d. solutione 2. pag. 164. numero vndecimo, in fine, cum duobus sequentibus,* & quod hic appareat testatorem restrictiue processisse cõstat: quoniam † nominatim vocauit ipsos Lucam, & sororem eius, & grauauit, & sic ad eorũ liberos tale grauamen extendi non videtur, *iuxta notata per Doctores maxime modernos, l. cohæredi, §. cum filius, ff. de vulga. & in proposito notat Craue. vbi supra, numero septimo.* Item & de dicta restrictione constat ex aliis verbis dictæ clausulæ, ibi (*de los dichos Lucas y Beatriz mis hijos, o de los hijos y hijas del dicho Diego, como dicho es*) vbi geminauit nomina melioratorum, ex † qua quidem geminatione colligitur enixa voluntas testatoris volentis restringere vocationem & grauamen ad ipsos Lucam, & sororem eius, non vero ad filios eorum, *ex tex. & eius materia, in leg. ballista. ff. ad Trebel. leg. Mulier. C. ad Velleia.* & appellatione † filiorum non continentur nepotes quãdo de grauamine filiorũ tractatur,

ctatur, *secundum Parisi. consil. 31. num. 15. & 16. vol. 2. & Crass. in d. §. fideicommissum, quaest. 8. num. 1. & vbi n. 2. limitat*, & † fideicommissum est onus & grauamen, *l. coheredi, §. cum filia. ff. de vulga.* & communior est opinio, saltim in fideicommisso, quod † appellatione filiorum non veniunt nepotes, *secundum Bellonum, consil. 50. num. 5. de qua per Crassum receptarum sententiarum, in d. §. fideicommissum, q. 10.* & sic quantumuis in dicta clausula & principio eius vocauerit ad dictam meliorationem à Lucas, y Beatriz sus hijos, per haec verba, *mis hijos*, non censentur vocati nepotes nec comprehēsi: item & quia, aut fatendum est, testatorem ex dictis verbis (*sino que siempre vayan al hijo ò hija mayor*) nullam nouam vocationem vel dispositionem fecisse, sed retulisse se potius ad primam dispositionem in principio clausulae appositam, prout ex illis verbis (*como dicho es*) colligi potest, & tunc cum non debeat esse, neq; † insit maior vis in termino referente, quā in eo ad quē fit relatio, *ex l. si prior maritus, ff. soluto matrim.* & referens inest in relato cum omnib. suis qualitatibus & conditionibus, *vt in l. asse toto, ff. de haeredi instit. l. si ita scriptum. de conditionib. & demonstr. notat Decius consil. 47. num. 1. & consil. 292. numer. 2. & Paris. in his terminis in dicto consil. 31. volum. 2.* absurdumque esset plus in esse referente, quam in relato, *secundum Crauet. consil. 231. num. 15.* nec censendum est testatorem mutasse voluntatem, sed praecise potius fatendum in hac clausula (*sino que siempre vayan*) non esse filios Lucae & sororis eius vocatos, nec grauatos, quandoquidem in principio huius clausulae, vbi substitutio fuit facta, & ad quam verba haec, *sino que vayan. &c.* referuntur, cōstat non fuisse vocatos, neque appositos in conditione, ne demus maiorem vim in referente, quam in relato. Aut est censendum, verba haec, *sino que siempre vayan. &c.* tantummodo respicere ad proxime praecedentia, scilicet, quantum ad prohibitionem alienationis, non vero ad substitutiones in principio clausulae factas, quoniam † in dubio relatio debet fieri ad proxime praecedentia, *l. si idem, cum eodem §. finali, ff. de iurisdictione omnium iudicium, cum concordantibus*, & in dubio, relatio est facienda ad ea quae sunt posita dispositiue, & non conditionaliter, *vt notat Bartolus in l. si cui, §. si à filio, ff. de legatis 1. & Paris. in his terminis in dicto consilio 86. numer. 39.* & consequenter, cum verba haec, *sino que siempre vayan, &c.* ad clausulam praecedentem dispositiuam, & prohibitiuam alienationis sint omnino referenda, nullo modo ad substitutionem, si sine liberis decesserint, debent referri, nec censeri ex dictis verbis, *sino que vayan &c.* vocationem factam in dicta substitutione, (*si sine liberis decesserint,*) praesertim, quia quando in aliqua clausula sint orationes diuersae, & separatae, & earum vnaquaeque habet in se orationem perfectam, qualitas † adiecta in vna non debet iudicari repetita in alia, *secundum Bar. in l. Seia §. Caio, de verbo. obliga.* notat Paris. *dicto consilio 87. numero 45. cum sequen. aliquibus volumine 2.* vbi *numero 49.* optime declarat regulam illam, quando vna pars testamenti debeat per aliam declarari, vt id procedat quoties verbum dubium & ambiguum positum in vna parte testamenti recipere potest declarationem per illudmet verbum ambiguum explicite declaratum in alia parte testamenti, quod tamen hic cessat, quia nulla ambiguitas verborum dari potest, neque adest in dicta substitutione, si sine liberis decesserit, an voluerit testator filios positos in conditione vocare: & ideo nihil est, quod declaretur in dicta clausula (*sino que vayan.*) ad dictam substitutionem: si sine liberis decesserit: & tenendo quod verba haec (*sino que vayan*) referātur tandem ad praecedentia prohibentia alienationem, verba illa (*como dicho es*) referenda tunc erunt ad illa (*vender, trocar, cambiar, ni enagenar*) vel dici forsan, & melius poterit, quod referantur ad declarationem illorum verborum generaliū, ibi (*O de los hijos, ò hijas de Diego*) & eo mortuo ille quem ipse Did. allegauerit, succedat: & quod ita sit, patet ex sequentibus verbis, ibi (*Començando*) vbi se sic declarat testator, & haec veritas videtur. Aut & quinto dicendum est, quod verba haec (*sino que siempre vayan*) constituunt nouam dispositionem & nouam formam substitutionis, & tunc etiam dicendum est, substitutionem hanc spirasse: per haec enim verba (*sino que siempre vayan al hijo, ò hija maior del dicho Lucas, y Beatriz mis hijos, y a los hijos y hijas del dicho Diego mi hijo*) censentur omnes hic expresse vocati per substitutionem vulgarem, & nō per fideicommissum, quo casu filio meliorato adeunte & acceptāte meliorationem, spirat substitutio, & potest libere testari de bonis illis, & aditione † primi substitutiones omnes expirant, *ex tex. in l. post aditam, cum similibus, C. de impuber. & aliis. notat Molin. de Hispan. primogen. lib. 1. cap. 6. numer. 14.* Et sic cum dictus Lucas acceptauerit meliorationem cessat substitutio filiorum Didaci, & bona meliorationis deueniunt in filium Lucae ab intestato, si intestatus decessit, & ex testamento, si testatus est: & quod sint vocati per vulgarem, & non per fideicommissum, patet manifeste, ex communi regula, quae habet, quod quando inter eos, qui vocantur per copulam, cadit non solum ordo charitatis, sed etiam concurrit necessitas instituendi, vel substituendi, tali † casu expressi in substitutione non censentur vocati simul & semel, sed ordine successiuo, scilicet filius solus in primis, & deinde nepos post eū, prout est haec cōmunis omnium opinio, *in l. Gallus, §. quidam recte. ff. de lib. & posthum.* teste Iulio Claro *receptarum sententiarum. lib. 4 §. testamentum. q. 80. numer. 3.* & sic censentur vocati per vulgarem, & non per fideicommissum, vt ibi per Clarum *num. 4.* & Molinam *dicto cap. 6. numer. 14.* vbi numer. 15. hoc limitat, nisi materia illa habeat tractum successiuum: quoniam tunc secus esset, *& cap. 5. nume. 27. in prin. & versic. secundo id ipsum in dicto lib. 1.* Hic tamen dictus Lucas & filius eius maior vel filia, & Didacus & filii sui vocati sunt, non solum ordine charitatis, sed ex necessitate substituendi eos, eo quod cum sit super meliorationem tertii & quinti, *ex l. 27. Tauri, posita pro leg. 11. tit de las mejoras, lib. 5. recop.* omnes † substitutiones, vacationes & grauamina meliorato apponenda prius inter descendentes testatoris, & eius consanguineos, quam ad extraneos deue-

I 2

deueniatur, & sic supradicta remanent clara, & per consequens constat, quod dicti filii in conditione positi, non sunt in dispositione vocati, & sic parentibus in his bonis ab intestato succedunt, & de illis possunt ii filii libere testari, & eorum hæredes in illis succedunt, ex quo per filii natiuitatem cessauit dicta conditio (*si sine liberis decesserit*) & verba illa dictæ clausulæ, vbi dicitur (*como dicho es*) referuntur ad proxime præcedentia Didaci & filij vel filiæ ab eo electi, vel electæ ad dictam meliorationem, in casu, in quo dictus Didacus, in ea successisset. Et hæc de iure mihi videntur quantum ad dicta dubia, & clausulã testamenti dicti Ioannis, & vbi hæc omnia concurrunt, non est censendum testatorem voluisse aliud maxime cum sępe numero inconiecturata mente testatoris erretur.

Post hæc autem omnia, dictus Lucas melioratus in tertio & quinto tempore mortis in testamenti sui quadam clausula ita disposuit: *Iten quiero y es mi voluntad, que si mi esposa Maria pariere hijo, ò hija, que sino llegare a edad de testar, lo aya mi hijo Iuan, y si el no fuere viuo, lo ayan mis hermanos Diego y Beatriz. Pero en este testamento este Lucas no instituyo, ni nombro heredero alguno, ni menos en los codicilos que hizo, mas de solamente declarar y mandar, se guardasse su testamento en todo lo demas.* Ex quo dicta filia eius succedit ab intestato in bonis patris ex iuris dispositione, & legis Regni.

Parece, que segun dicho es, la dicha Maria esposa del dicho Lucas pario vna hija, la qual es viua, y el dicho Iuan substituto era hijo natural del dicho Lucas testador, alqual por otra clausula del testamento, mando el quinto de sus bienes, y este hijo natural es muerto, y murio despues de los dias del dicho su padre, de lo qual hanc nacido las dudas siguientes.

Prima, an dicta substitutio sit pupillaris, vel compendiosa, idque dubium facit, omissio aliorum verborum consultorum apponi, scilicet (*si fuere mi heredero ò heredera*) etiam quod sit compẽdiosa, si per testatorem potuit inseri in legitimam filiæ suæ.

Secunda, si iam quod sit pupillaris, an erit expressa, & talis quod matrem excludat.

Tertia, si est pupillaris, si est valida, necne, attento † quod neq; in ea, neq; in testamento neq; in codicillis nulla adest institutio hæredis. 52

Quarta, si in casu, in quo ex dictis dicta substitutio inualida non fuisset, an saltim ratione incertitudinis bonorum, & quantitatis eorum, in quibus substitutio fit, erit inualida, vt saltim ex eo quod ad eam vocat filium suum illegitimum, cui per aliam sui testamenti clausulam antea quintũ bonorum legauerat, vel quia dictus Didacus, qui est substitutus dictæ Lucæ illegitimi, scripsit sua propria manu dictum testamentum in scriptis, cum tabellio non esset dictus Didacus, quantum uis dictus testator in suis codicillis iusserit, testamentum illud suum seruari, & asseruerit se vidisse illud scribi, & totum legisse: *aunque en lo que toca al dicho Diego, el testador dixo y declaro en su codicilo que le reualidaua las mandas que le auia hecho en su testamẽto, las quales en el mesmo codicilo declaro que erã mil reales, y sus vestidos y calçado: demanera que es la duda, si cada vna cosa destas tres, ò todas juntas bastaran para que la dicha substitucion pupilar no valga, aunque la dicha hija muera dentro de la edad para poder testar:* testamentũque hoc in scriptis habet in fine clausulam codicillarem, scilicet, quod vult valere, vt suum testamentum etiam q̃ vt tale non valeat, valeat tamen tanquam codicillus, vel vt sua & vltima volũtas. Ex quo dubitatum est, an per hãc dictãm clausulam videbitur filiam hanc hęredem institutam, & erit hæc quinta dubietas.

Item, an iam quod pupillaris hæc non valeat, si erit conueniens quod filia hæc & tutor eius statim id intentent & petant, vel sufficiat, quod filia hac mortua mater eius petat hoc, protestatione nunc per filiam, & tutorem eius facta, quod iussum non sit approbare dictam substitutionem & clausulam eius, nec validare illã, & hęc est sexta & vltima dubietas circa testamentum & codicillos dicti Lucę: & satisfaciendo iis proxime præcedentibus sex dubiis per ordinem.

Quoad primum & secundum dubium respõdeo, quod quamuis Alex. *consil.* 47. *num.* 9. *volum.* 2. & ibi eius additio. dixerit, quod similis † substitutio huic factæ per dictum Lucam filiæ suæ non est pupillaris, sed compendiosa, eo quod in ea deficiunt verba illa, si filius meus hæres erit, attamẽ quia in dicta compendiosa substitutione, & sub generalibus verbis illius comprehenditur expresse pupillaris, & talis quæ excludit matrem, *secundum text. in l. precibus. C. de impub. & aliis subst. cap. si pater. de testam. in 6. l.* 12. *titulo quinto, par.* 6. *& hanc communem testatur Alexand. vbi sup. numero decimo, & iterum in consilio* 51 *numero* 12. *volumine* 7. *& Antonius Gom. tom. primo Variarum, capitulo* 7. *numero finali*, & sic hæc est quæstio de nomine, vt inquit Costa, *cap. si pater verbo pupillares, nume.* 8. *in fine.* nihil impedit, vt † valeat dicta pupillaris, etiam si dicta verba, *si filius meus hæres erit*, deficiant in dicta substitutione: ex hac enim de causa non desinit valere, vt magis cõmunem testatur Cras. *receptarũ sent. §. substitut. quæst.* 20. *n.* 2. præsertim cum hæc sit expressa pupillaris, inducta per verba illa (*si muriere dentro de la edad pupillar de poder testar.*) *secundum Baldum consil.* 113. *proponitur. quod quadam volum.* 5. *quem referendo sequitur Ripa in l. moribus, num.* 38 *&* 41. *de vulg. & Crassus vbi supra n. tertio*, Et iis primum, & secundum dubium remanet absolutũ & *in n.* 6. Crassus differit, quid efficiatur, si apponatur, si hæres erit, vel non apponatur. 53 54

Quoad tertium & quartum vero dubium, si dicta substitutio pupillaris inualida bi ur ex obiectis proposi is in hoc tertio & quarto dubio, dico, quod attinet ad primum defectum dictæ substitutionis pupillaris, scilicet, quod neq; in testamento, neq; in codicillis vlla datur institutio hæredis, quod etiam si Couar. *in cap. Raynutius, §.* 6. *n.* 4. *de testamen.* dixerit, quod attento iure communi, & l. Regia 1. *titulo de los testamentos, libro quinto recopilationis*, hæc substitutio inualida esset iudicanda ex defectu institutionis hæredis, declarando prout ipse Couarruuias ibidem voluit intelligere dictam lib. 1. recop. vt procederet in casibus in qui-

in quibus non est necessaria hæredis institutio; non verò in illis in quibus necessaria esset; ve-
55 runtamen quia † hic intellectus & declaratio ad dictam l. Regiam est contra ipsammet legem, generaliter disponentem quod etiam si non adsit hæredis institutio in testamento valeant legata & omnia alia in eo contenta, sub quib⁹ verbis comprehenditur substitutio pupillaris, attenta communi opinione de iure ciuili habita, clarum mihi videtur, pupillarem nostri testamenti & codicilli; ex hac de causa & defectu hæredis instituti non corruere, sed validã esse, eo quod dicta lex Regia indistinctè loquitur; & esset parui momenti vel nullius, si solum intelligeretur procedere in illis casibus, in quibus non esset necessaria hæredis institutio, & sic indistinctè in quibuslibet casibus sit necessaria, vel non hæredis institutio intelligenda est, prout eam voluit intelligere Antonius Gomez *tomo primo Variarum, cap. 4. nu. 4.* & Tellus Fernandez *in quarta parte leg. 3. Tauri,* vbi reprobat Couarruuiam *vbi supra,* & Costa ita etiam voluit, licet Ant. Gom. non alleget, *in ca. si pater, 3. parte, §. censendum, n. 18. ad finem, de testamen. & Mati. in eadẽ l. 1. tit. de los testamentos, lib. 5. recopil. gl. 14. n. penul. & si. vbi allegant Greg. Lopez,* & in substitutione vulga. idem testatur Antonius Gom. *dicto 1. tom. var. c. 5. num. 8:*
56 quia † per illam legem Regiam iura communia corriguntur & partitarum, quibus dispositũ erat hæreditatis aditionẽ non esse necessariam, *secundũ Burgos de Paz, 1. p. l. 3. Tau. concl. 6. n. 833. & 885. & 888.*
57 ponit an & circa legitimam † filiorũ sit necessaria hæredis institutio, & nouissimè tractat, & ita etiã aditionem non esse necessariam, posthęc Gutierrez noster conciuis *pract. quæst. lib. 2. quæst. 30. & 31.* & ego dixi *in eadem l. 1. tit. de los testamentos.* Et sic ex defectu isto institutionis hæredis pupillaris nostra non desineret valere, sed valet potius, vt post hæc tenuit Gutierrez *vbi sup. dicta quæst. 30. n. 4.* Ex alio tamen defectu ex ea procedente credo non-valere, scilicet, quod in ea non declaratur in qua quantitate, neque in qua parte hæreditatis & patrimonij sit dicta pupillaris substitutio & incerti-
58 tudo † pecuniæ vel quantitatis, vel eorum, quæ consistunt in pondere, numero & mensura, vitiat dispositionem in contractibus & vltimis voluntatibus, *ex tex. in leg. ita stipulatus, versi. 1. ff. de verborum obligationibus. & ibi Bart. quarta oppositiõne, & communiter Doctores, & l. triticum, & l. vbi autem non apparet, eodem tit. l. si sic, §. 1. de l. 1.* & sic vitiat institutionem legatum, & quemlibet contractum incertitudo, *ex §. incertis, instit. de leg. l. quoties. §. heres ff. de hæredib. instit. l. si domus, de l. 1.* Incertitudo enim circa rem etiam fauorabilẽ suspendit institutionem hæredis, dationem tutoris & libertatis, & legatum, ne
59 possint habere suum effectum: quia † si non apparet quis sit hæres, nullus hęres iudicatur, *leg. in tempus, §. 1. ff. de hæredib. instituen. notat Rollan. in consil. 63. n. 12. vol. 2.* & sic dubia testatoris voluntas non est attendenda, *l. si duo, ff. de testamẽ. tute. l. in ambiguo,*
60 *ff. de rebus dubiis,* dubiaq; † substitutio interpretatur contra eum qui ex ea se adiuuare vult, *secundum Soci. consi. 113. col. penul. ad finem. versi. vnde expremissis, lib. 1. Corneus consi. 186. col. fi. & con. 204. col. 9. vol. 3. quos referendo sequitur Aymon Crauet. consi. 147. n. 1.*
61 & sic † dubia dispositio prout est hæc pupillaris substitutio, non excludit matrem, *ex tex. in l. fin. C. de institu. & substitu. sub condi. fact. quem ad hoc Alex. allegat consi. 51. n. 3. vol. 7.* Et hæc est vna de rationib⁹, quare captatoria voluntas & institutio non valet, secundũ Menchacam *de successio. progres. lib. 1. §. 3. de hæredib. instituen. n. 34. in fine,* vbi cum sequentibus aliquib⁹ plura infert de incertitudine, & latissimè Hipolyt. *in rubrica de probationibus. n. 350. cum plurib⁹,* sequẽtib⁹ adeo vt licet de æquitate cãonica incertitudo non vitiet, *secundum Archidiaconum, in c. sunt nonnulli, 1. quæst. 1. communiter, secundum Ias. in d. l. triticum n. 3. & 4. & Doctores in d. l. ita stipulatus,* maximè Ripa, qui *n. 38.* cum sequentibus plurib⁹, hanc & alias limitationes proponit; tamẽ vbi est omnimoda incertitudo, quæ ex aliquo actu certificari nõ potest, vt hic, etiam iure canonico vitiatur, *secundum Soci. in l. quidam relegatus, de rebus dubiis, & in l. si quis, de plurib. eodem tit.* Incertum † enim dicitur eti-
62 am quod non habet certam quantitatem, vel ratione sui, vel adiuncti, *secundum Bartol. in l. vni. C. de sentẽ. quæ pro eo quod interest,* & Rebuf. *in l. subsignatum, §. incertus, de verborum significatione, versiculo vndecimo,* vbi *in versiculo octauo,* inquit ipse Rebuffus, incertam esse stipulationem, quando non apparet quid, quale, vel quantum sit in stipulatione, *ex l. stipulationum, & leg. sequenti, ff. de verborum obligatio.*
63 Item etiam, quia † licet institutio hæredis censeatur facta, cum dicit testator, in omnibus autem bonis mobilibus & immobilibus, & iuribus & actionibus Titius, quia debet suppleri, hęres esto vel sit, *secundum Doctores, l. errorem C. de testament. teste Mantica, de coniectur. vltim. vol. lib. 3. tit. 19. n. 18. & iterũ lib. 4. tit. 3.* tamen id verum est secundum eum, ibi quoties deficit vnum verbum, vt in dicto exemplo; secus verò, si duo verba deficiant, vt hic deficiũt, eò quod deficit hęredis institutio, & deficit etiam declaratio in substitutione, quid sit hoc, quod substitutus debet habere, cum fortassis nõ in totũ, sed in parte eã faceret & substitueret, nec potest id ex aliquibus verbis testamenti aut codicillorum certificari, & per consequens nihil valet hac de causa substitutio hæc, de qua nunc agimus, maximè, cum facta sit in testamento in scri-
64 ptis, in quo † dubitari optimè potest, habeat, nec ne locum dicta l. 1. *tit. de los testamentos, lib. 5. recopilationis,* prout dubitauit Burgos de Paz, *in 1. parte, l. 3. Tauri, conclus. 6. n. 897.* & vltra hoc filius primus sub-
65 stitutus est illegitimus, qui † quidem non potuit in ampliori quantitate substitui quam ei relinqui poterat per patrem hunc qui habebat filios & descendentes legitimos & naturales, *ex tex. in leg. si is qui ex bonis, ff. de vulgari, & l. 7. tit. 5. pat. 6.* & quia alii vocati in defectũ huius illegitimi sunt filii Didaci dictum testamentum scribentis. Qua de causa iunctis aliis supradictis faciliter intelligitur, substitutionem hanc esse nullam, & nullius effectus, & vt talis non debet excludere matrem, quoniã dubia dispositio non excludit eam, *ex dict. leg fin. Codic. de institu. & substit.* & cum tot adsint difficultates, & semper testator videtur velle hæredi fauere.

Quoad quintum vero dubium si ex vi clausulæ codicillaris † censetur filia hæc hæres instituta, dicendum est, non, cum Couarru. *in cap. Raynutius, de testamentis*, §. 1. *n. 2*: vbi inquit, & concludit iunctis dictis ab eo ibidem, *n. 4. in fine*, clausulam codicillarem hunc effectum non producere, eo quòd Bald. quem ibi allegat, non loquitur in ea, sed in clausula (*omni meliore modo*.)

66

Quoad sextum verò & vltimum dubium dico, quod si tutor dictæ filiæ approbauit dictum testamentum, securius iudico esse; statim petere ex vi restitutionis in integrum contra dictam approbationem, & intentare, quam expectare longiorem terminum: quod si fortè illud nondum approbauit, poterit lis inposterum dilatari, *ex dictis per Lancellotum Polytum in tracta. substitutionum, titulo de pupillari. numero 33*. Et supradictis dubiis in facto consultus respondi Placentiæ.

CONSILIVM XVI.

An consanguinei pauperes, proximiores tamen, censeatur vocati, an verò remotiores, sed tamen pauperiores, vocatis simpliciter pauperibus, & pro proximioribus concluditur: & an relictum pro maritandis debeatur religionem ingredientibus, resoluitur quod sic.

SVMMARIA.

1 *Pauper quis dicatur. num. 1. & quid si pauca bona habeat, an vendere illa teneatur.*
2 *Paupertas quomodo probetur.*
3 *Differentia quæ sit inter pauperem, inopem, mendicum & miserabilem.*
4 *Executores dati in testamento ad distribuendum in causas pias, possunt erogare in puellis maritandis quæ secundum suam conditionem & statum maiorem dotem mereantur.*
5 *Pauper dicitur, qui labore proprio se & suos sustentat.*
6 *Pater non cogitur filium alere, qui ex artificio suo alimenta quærit sibi. & n. 7. ampliatur.*
8 *Pater tenetur filium alere, qui ex artificio suo alimenta sibi sufficientia non habet.*
9 *Alendus prius est ille, qui onere alimentandi adstrict⁹ est & deinde alimentarius.*
10 *Testator iubens pauperes puellas maritari, de eis intelligitur etiam sensisse, quæ ex suo labore viuunt, & ibidem, quod paupertatis probatio sit iure naturali conformior.*
11 *Pauper olim & hodie præsumitur.*
12 *Probatio paupertatis non pari casu præfertur probationi diuitiarum.*
13 *Sanguinis coniunctio considerata dicitur causa finalis.*
14 *Coniectura illa est capienda, quæ pro consanguinitate facit, potius quàm pro pietate, & ibi, an tunc relictum sic, pium dicatur.*
15 *Coniectura sanguinis tanquam naturalis latissimè accipitur.*
16 *Legatum à coniuncto relictum magis videtur relinqui sanguinis contemplatione, quàm pietatis, & n. 17. limitatur.*
18 *Ordo charitatis & affectionis concurrens, intelligitur ordine successiuo.*
19 *Proximiores semper vocati censentur vbi declaratur & limitatur.*
20 *Pauperiores quando ad legatum sunt eligendæ.*
21 *Legatum relictum puellæ pro dote vel nuptiis contrahendis, debetur religionem ingredientibus.*
22 *Conditio, si nupserit, intelligitur etiam de matrimonio spirituali.*
23 *Conditio, vel grauamen abstrahens à vita contemplatiua reijcitur vbi exemplificatur, & n. 24. declaratur.*
25 *Religionem ingredienti datum intelligitur nomine dotis.*
26 *Vsus communis loquendi plerunque præfertur propriæ significationi vocabuli.*
27 *Veritatis sensus multoties amittitur, dum proprietas verborum attenditur.*
28 *Vsus communis loquendi quomodo probetur.*
29 *Legatum pro maritandis puellis relictum, an possit collocari ad professionem religionis.*
30 *Legatum relictum pro maritandis puellis à communiter accidentibus intelligitur de carnali matrimonio pro dote vero aut matrimonio relictum, tàm de spirituali, quàm de carnali, intelligi potest.*
31 *Certum de per se, vel per relationem ad aliud, par est aliquid esse.*
32 *Electus in testamento censetur nominatus.*
33 *Voluntas ex qualitate personarum decerpitur.*
34 *Testatorem velle censetur quod verisimile est.*
35 *Episcopus ex iusta causa cum consensu patroni potest alterare defuncti voluntatem.*
36 *Episcopus potest alterare voluntatem, ne rescindatur id quod perfectum est.*
37 *Legatum relictum pro maritanda puella an debeatur ei, si viuo testatore nubat.*
38 *Executores testamenti an possint distribuere sacerdotibus exteris bona quæ defunctus iussit distribuere inter sacerdotes pro dicendis missis.*
39 *Legatum relictũ pro dote pauperũ, an viduis debeatur.*
40 *Executores dati ad distribuendũ bona defuncti inter pauperes, debent primo distribuere illa inter pauperes defuncti consanguineos.*
41 *Executor quod expenderit pro implendo testamento recuperat à bonis defuncti, & numero 42. an legatum factum puellæ, para ayuda a su casamiento, sit modale vel condicionale.*

Clericus quidam in vna clausula sui testamenti ita cauit. *Item mando, que vnas casas y huerto y solar que tengo en tal parte los testamentarios que yo dexare nonbrados lo vendan, y con el dinero que dellos se hiziere mando que sea vse de à donzellas pobres, que seam dela parte de mis padres parientas, para ayuda à su casamiento, y ansi es mi voluntad.*

Ex qua clausula in facti contingentia duo orta sunt dubia: Primum est, si concurrunt simul puellæ consanguineæ testatoris ex parte parentum proximiores & pauperes ex vna parte: & ex alia parte adsunt aliæ etiam puellæ consanguineæ testatoris ex parte parentum eius: isthæc tamen vltimæ puellæ remotiores in gradu sunt, licet pauperiores, quænam earum sint præferendæ &

dæ & concluditur proximiores præferendas esse, licet non sint ita pauperes: & sic fuit in contradictorio iudicio determinatum, me pro hac parte patrocinante, & contrariam adiuuante doctiss. Doctore conciue nostro Ioanne Gutierrez, vt apparet ex consil. 26. suorum consiliorum.

Et in fauorem harum puellarum proximiorum sequentia allegaui, præsupposito prius ac scito, quis nam, vel quæ pauper dicatur: & in 1 hoc dicendum est, pauperem † illum, vel illam dici, qui, vel quæ, attenta qualitate suæ personæ sufficientia bona non habet ad se alendum, dotandum, & sustentandum, ita quod etiam si bona habeat idonea non sunt ad status sui conseruationem, & sustentationem, *vt probat tex. in leg. Lucius, §. haredum, & ibi Bartol. ff. ad Trebel. Bal. in rubr. ff. de verb. sig. & Mexia in prag. tassa panis, concl. 1. numero 46.* & Meno. *consil. 105. numero 14. & 15. lib. 6.* vbi inquit, quod non tenetur vendere pauca illa bona, quæ habet & Achil. Pedroc *con. 8. n. 153. cum seq.* vbi à n. 145. incepit declarare, quis pauper dicatur, & sic inspectis ijs qualitatib' pauper persona dicitur iudicis arbitrio, hæc considerare debentis, *secundum Bar. in l. si constante, n. 14. ff. solu. mat. & Cou. lib. 2. varia. c. 6. n. 6. & quamplures alios relatos per Sebast. Medicis in tracta. mors omnia soluit, 1. p. n. 103.* & vltra ibi relatos tradit in nostris terminis Deci. *consi. n. 2.* vbi *n. 3.* hanc omnium esse sententiam asserit, & crebriori calculo receptam esse, post hæc nouissimè vidi assertum per Menochium *de arbi. iud. lib. 2. centu. 1. casu 65. numero. 7.* Debet tamen iudex hoc arbitrium ex diligenti inquisitione inuestigare, secundum Achil. de Pedro. *vbi sup n. 156. cum seq.* vbi inquit aliter malè fieri, & posse appel-2 lari, & † secundum hæc probari poterit paupertas, de cuius probatione differitur, *per prædictos, & Cou. vbi su. numero 8. & nouissimè per Masc. de prob. tomo 3. concl. 154.* prout hic per testes optimè probatum est has proximiores, & parentes earum respectu suarum qualitatum, & status & familiæ, pauperes esse, licet aliqua haberent bona, imò & de ijs voluit testator sentire in illis verbis, *para ayuda a su casamiento:* ergo præsupponit habere bona aliqua, licet non sufficientia. Nam secundum dictum Sebastianum Medic. *vbi sup.* dif-3 ferentia † est inter pauperem, inopem, mendicum, & miserabilem personam: nam pauper habet minus quam diues, pauper enim secundum Decium *in cap. ex ratione, nu. 5. de appellatio.* dicitur, qui parum habet, & sic qui minus habet, quàm diues: inops autem qui minus quam pauper: mendicus verò, qui minus quã inops: miserabilis autem caret omnibus bonis; quæ iudex considerat inspecta qualitate personarum, vt asserit Sebastianus Medi. *vbi supra,* communiter Doctores tenere, *in authentica præterea, C. vnde vir. & vxor,* & sic inquit Palacios Rub. *in repetitione cap. per vestras, no-4 tabili. 2. §. 12. n. 7. fol. 90. in magnis,* quod † executores dati in testamento ad distribuendum causas pias possunt erogare in puellis, quæ secundum suam conditionem & statum mereantur maiorem dotem, quàm esset sufficientia sui patris: quoniam talis puella inter pauperes secundum eum connumeratur, licet non sit omnino mendicans, *& Messia in dicta conclus. 1. nu. 46.* Maximè cum & in præsenti probatum sit, quòd ex labore manuum suarum, & continuo harum puellarum patres, suasq; & suorum personas sustentant, & qui † labore proprio hæc facit pauper est, *secundum 5 Baldum in l pauperta, ff. de excusa. tutorum, Ias. in d. l. si constante. n. 147. ff. soluto matrimonio, & probatur ex l. singulari, 2. tit. 17. par. 6. ibi: Otro si al que fuesse tan pobre, que no ouiesse al porque guarecer, si non por labor de sus manos, & tradit Nata in consil. 666. n. 3. volum. 4.* Ecce ergo quo modo inter pauperes ponitur, qui labore manuum suarū alimenta sibi quærere debet, vt & desumitur ex *§. sed & propter paupertatem, & ibi gloss. Instit. de excusatio. tutorum, notat Mantica de coniecturis vltimarum voluntatum, lib. 8. titul. 5. numero 22. fol. 176.* & Doctor Barbosa *in leg. maritum, 13. nume. 9. in fine cum sequen. ff. soluto matrimo.* Neque obstat tex. *in leg. si quis à liberis, §. sed & si filius, ff. de lib. agnoscendis,* & textus cum eo concordans *in l. penult. titul. 19. par. 4.* vbi probatur, filium opificem, & sic † artificem, & qui ex artificio quærit 6 alimenta, pater non cogitur exhibere, neque alimentare, vt notat Accursius *in dicto §. sed etsi filius, ad hoc allegans, leg. alimenta, & leg. finali, ff. de liberis agnoscendis,* & Abbas, & alii plures, tàm ex antiquis, quàm ex modernis nostris relati per Laram, *in §. sed etsi filius, numero 123. cum sequentibus, folio 90. ff. de liberis agn. vbi numero 125.* hoc ampliat etiamsi † labore & opere rustico possit sibi 7 filius victum quærere, secundum Bartolum & Angel. *in leg. 1. Codic. de mendi. valid. lib. 10.* vbi & inquiunt, patrem filio robusto, qui operi rustico dare operam noluit, posse alimoniam denegare, si eius conditionis sit filius, vt honestè & sine decore suorum possit opus rusticum exercere, vt & tenent relati per Laram *in dicto numero 125. & gloss. verbo, tal menester, in dicta leg. penultima,* & Molina *de Hispanorum primogen. lib. 2. cap. 15. n. 47.* & idem Lara *vbi sup. numero 131.* Non enim obstant supradicta: quia hæc omnia quo ad alimenta danda vel non danda procedunt. Nos verò loquimur quoad hoc, an pauper dicatur labore suo, & manuum suarum victum quærens, quæ multum differunt: tùm etiam, quia quoad alimenta intelliguntur supradictæ obiectiones, si talis ex artificio congruè se sustentare potest, secus verò si non posset: nam tunc à parte esset alimentandus, ex eo quod par esset, non habere neque scire artificium, vel habere & scire, sed non esset sufficiens ad alimenta; & sic † si artifex sibi 8 sufficere non possit ad alimenta, quia æger est, pater tenetur alimentare [illegible] vt per Laram *vbi supra, numero 132.* vbi & de[illegible], quæ infirmitas debet esse hæc. In præsenti tamen casu probatum est, patres harum puellarum suo labore victum sibi quærere, & non sufficientem, sed potius pauperrimè se gerere: ergo à fortiori filiæ eius pauperius se gerent: nam si patres sibi ipsis non sufficiunt, quomodo filias sustentabunt, & dotabunt, cum non habeant vnde, & præsertim, quia quando † redditus non sufficiunt ad alendos 9 dominum & alimentarium, primo alendus est ille,

ille, qui adstrictus est onere alimentandi, & deinde quod reliquum fuerit, alimentarius percipiet, *vt habetur ex l. 2. C. de liber. alend. notat Lara vbi supra, num. 134. & gloss. per textum, ibi, in l. 2. tit. decimo nono, par. 4. & l. 1. titulo octauo, libro sexto fori.* Præmaximè, cum hodie filiabus, *ex l. 1. titu. 2. lib. 5. Recopilationis*, pro dote filiæ non possit amplius quam legitima præstari, & sic inquit Baldus *per textum ibi, cum glossa in leg. paupertas, de excusatione tuto. sequutus per Iasonem, in leg. si constante, numero 151. ff. soluto matrimonio, & Mantica de coniectur. vltim. volunta, libro octauo, titulo quinto, numero 22.* quòd cum † testator iubet pauperes puellas maritari, de iisdem etiam intelligitur sensisse, quæ viuunt ex suo labore, si non habent alimenta. In præsenti tamen hæc omnia concurrunt, neque contrarium vnquam fuit probatum, sed potius harum paupertas cuius probatio, tanquam iure naturali conformior præualere debet: nam vt inquit Iob: Nudus egressus sum de vtero matris meæ, & nudus reuertar ad illam, & sic † pauper olim, & hodie præsumitur, *vt Alciatus de præsumptio. reg. secunda, præsumptione 27. numero tertio, & quarto, & Meno. de præsumptio. 1. tomo. lib. 1. q. 23. numero 46. fol. 27.* Id etiam è contra asserit esse, vt pauper in præsenti, & olim esse pauper præsumatur, & allegans diuitias eas probare tenetur, vt per Mascar. nouissimè *de probationibus, tomo 1. conclus. 525. diuitem*, vbi *numero 2.* inquit, quemlibet nasci nudum, & pauperem, *ex cap. sicut ij 47. dist. tradit Lucas de Penna in leg. 2. colum. 2. Codic. quando & qui. quarta pars debeatur, & Afflictis decis. 377. numero 5.* & per consequens negans id, quod naturaliter inest, probare tenetur, & in pari casu, probatio † paupertatis præfertur probationi diuitiarum, æqualibus testimoniis probata, eò quod naturalis præsumptio adest pro paupertate; plures enim coniecturæ vincunt vnam, & habens duo vincula præfertur habenti vnum tantum, *l. re coniuncti, de leg. 3. Mantica vbi sup. lib. 12. titul. fin. num. 16.* quanto magis in nostro casu, vbi paupertas proximiorum puellarum vberius probatur.

[margin: 10, 11, 12]

Quibus sic suppositis satis faciendo primo dubio, constanter assero, testatorem hunc vocasse consanguineas proximores parentum testatoris, & consequenter proximiores pauperes esse præferendas remotioribus, quantumuis pauperioribus, idq; ex sequentibus clarissimè probatur.

Primò, quia testator hic ita pauperes vocauit, vt essent de consanguineis parentum suorum ibi (*Pobres que sean de la parte de mis padres parientas*) ponderando contin[illegible]em illorum verborũ, (*pobres que sean*) ita vt requiratur vtrunque, & quod sint pauperes, & quod sint consanguineæ, ex parte parentum testatoris, & verbum illud (*pobres*) qualificetur ex sequentibus verbis (*que sean*) ita vt non aliter admittatur, nisi sint consanguineæ, & sic verbum (*pobres*) accessoriè, consanguinitas verò principaliter consideratur, cũ potius testator ad consanguinitatem respexerit, quã ad paupertatem, vt apparet ex verbis sequentib⁹, ibi (*para ayuda à su casamiento,*) ergo non omnimodam paupertatem respexit, quandoquidẽ in auxilium & augmentum dotis relinquitur: ex quo præsupponitur, dotem tales puellas habere, licet non sufficientem; & consanguinitatem principaliter considerasse: nam iuridicè coniunctione † sanguinis considerata hæc dicitur causa finalis, *vt per Manti. de coniect. vlti. volunt. lib. 6. tit. 14. n. 17.* idque ex sequenti secunda consideratione confirmatur.

Secundo, quoniam in dubio cum duæ capi possunt coniecturæ vna, quod dispositio sit facta contemplatione consanguinitatis; altera verò, quòd sit facta intuitu paupertatis, & sic pietatis, capienda † est illa, quæ pro consanguinitate facit, *ex leg. tutor, §. qui tutoribus, ff. de excusat. tutorum.* quam ad hoc allegat Marcus Ant. Eugen. *consilio 37. numero 8.* vbi ex hoc inquit non esse tale relictum pium, concurrentibus quam pluribus coniecturis, illa præponderatur, quæ ex coniunctione sanguinis insurgit, *vt notat Bar. & Doctores in l. qui filiabus, in princi. de le. 1.* Naturalis enim est hæc consanguinitatis præsumptio; accidentalis verò illa paupertatis intuitu: ergo naturalis præfertur, *ex l. qui habet, in princip. ff. de tutelis*, eo quod potentior est, vt eam potentiorem vocat Socin. Sen. *in l. si mulier n. 5. ff. de rebus dub.* & hanc † coniecturam ex iure naturali descendentem latissimam vocat Bal. *in l. in authen. ex testamento, n. 1. colu. 2. versico. sed inter coniunctas personas, de collatio. per l. Aurelius, §. Titius. ff. de lib. leg.* Vnde vehemens præsumptio naturalis omnem contrariam excludit, *l. eum qui probabilem, & ibi, Bal. C. de Episcop. & Clericis, Calc. consi. 19. n. 6. & Craue. consi. 250. n. 2. in prin. Paris. consi. 73. n. 62. volu. 1.* quos & alios allegat Manti. *vbi sup. lib. 12 tit. fi. n. 29.* ex quo ipse *n. 30.* in propositũ casus nostri inquit, quod legatum † à coniuncto relictum magis videtur relinqui contemplatione sanguinis, quàm pietatis, vt in specie consuluit Decius *consilio 120. & copiose Cephalus consil. 216. nume. 17. cum seq. & Roma. in authen. similiter, n. 3. C. ad l. falcid.* & ab hac sententia, licet dubitauerit, non est ausus recedere Tiraquel. *de priuil. pia causa, in præfatione fol. 7. versicu. quod adeo verum est, Peral. in leg. si quis Titio. de leg. 2. relatus per Laram in dicta leg. si quis à liberis, §. & si impubes, n. 40. fol. 182. ff. de liberis agnosc.* & idem Peralta *in l. vnum ex familia, §. si de falcidia, numero 13. de legatis, 2.* vbi inquit ita in facto obtinuisse, prout & ego in hac præsenti causa obtinui, & tenet etiam Corduua *in sua summa de casos de concientia, quæstione 72. & Menochius tomo 2. de præsumptio lib. 4. præsumptio. 112. numero 5.* etiam faciunt infra dicenda *consi. 21 nu. 32. cum 2. seq.* etiamsi Mant. parum in hoc sibi constans, *vbi su. li. 6. tit. 3. n. 19. & 20.* aliud velit: Id tamen in transitu † limitandum est vt non procedat quoties si pauperiores non admitterentur, etiam remoriores in gradu, & sic non intelligerentur intuitu pietatis, relictum legatum tale pauperibus factum inutile redderetur, vel quando testator expressit se relinquere intuitu pietatis & amore Dei, *secundum Ias. consilio 183. volumine 2. & Tiraq. vbi supr. folio 9. pag. 1. in fine*, vel quando relinquitur pro amore Dei, *secundum Alciat. con. 126. n. 7. lib. 9 & Mant. in d. lib. 12. tit. fi. n. 30.* vel

[margin: 13, 14, 15, 16, 17]

vel quando *secundum eundem Mant. ibidem*, testamẽtum esset factum coram duobus testibus, tunc enim propter deficientem iuris solemnitatem, vt valeat, præsumitur magis ad piam causam relictum, *ex Ias. vbi sup. & Cepha. consi. 216. num. 24. cum sequentib.* cumque, vt ex dictis patet, in præsenti essent hæ limitationes, & in similibus clausulis testamentorum affectio sanguinis consideratur, semperque proximiores puellæ cẽsentur vocatæ, eo quod quotiescunque plures inuitantur ad aliquod relictum, inter † quos cadere potest ordo charitatis & affectionis, videntur inuitati ordine successiuo, secundũ ordinẽ affectionis q̃ affectio colligitur penes proximiores, *secundũ Barto. & magis cõmuniter DD. in l. Gallus. §. quidam rectè, ff. de lib. & posth. teste So in. Sen. consi. 49. n. 1. vo. 1.* idq; regulare est, quod semper † proximiores censentur vocati, *vt probat tex. in §. si plures, inst. de leg. agn. succes. l. heredes mei, §. fi. ff. ad Trebel. optimus tex. in l. cum ita legatur. §. in fideicommisso. ff. de leg. 2. not. at Decius consi. 1. numero 5.* quidquid velit Pelaez *de maio. 1. p. q. 48. fi.* quem refert Gutie. *in practi. qq. lib. 2. q. 67. numero 3. pag. 165.* quos sequitur eos referendo Manuel Rod. *in sua summa, tom. 1. in verbo, election, c. 6. numero 8. pag. 179.* qui omnes fundantur ex l. *vnum ex famil. §. si de falcid. ff. de leg. 2.* cum Peralt. & glos. *ibi, numero 12.* optime distinguente, an detur electio, vel fiat consanguineorum simpliciter nominatio, nisi proximiores sint odiosi testatori. nam tunc remotiores admittuntur, *secundum Pelaez de maior. 1. parte. quæst. 48. numero 37. vbi a numero 36. incipit*, quod tamen ego intelligerem, si testator id nesciuit, vel si sciuit, non habuit tempus excludendi hos odiosos, secus si sciuit & habuit tempus & noluit excludere eos, *ex dictis per me in l. 2. tit. 1. lib. 1. supra, numero secundo, & per Tiraquellum, in l. si vnquam, verbo, susceperit, numero 219. & Manti. de coniect. men. testa. lib. 12. tit. 1. numero 3.* Ex quibus remanet clarissime, in præsenti dispositione considerandam esse qualitatem consanguinitatis & non pietatis, & per cõsequens proximiores puellas pauperes, tamen esse vocatas, exclusis pro nunc remotioribus, quantumuis pauperioribus prout & tenuit Corduua, *dicta quæst. 72.* sequutus per Ludo. Lopez *in 1. tomo instruct. consien. cap. 137. versi. addimus etiam. pag. 310.* vbi *in versic. & licet*, reprobat & bene eundem Cordo. aliud dicentem si hæc minus propinqua pepigisset antea pro suo matrimonio de hac eleemosina, & nisi daretur, non fieret, & sic remaneret in perpetuum irremediabilis; in casu † tamen in quo qualitas consanguinitatis non esset consideranda, sed pietatis tantum, pauperiores essent eligendæ, saltim in foro cõscientiæ, licet in foro fori valeret electio (etiam in hoc casu) de paupere, omisso pauperiori, *secundum Decium consilio 72. num. 3.* de quo tamen quia non est præsentis materiæ, dicemus infra *consi. 24.* vbi disputabimus an in conscientia sint eligendæ pauperiores per executorem, cui electio pauperum est commissa, & per consequens ijs considerationibus attentis cessant omnia contraria adducta per D. Gutie. *in dicto consilio 26*: pro sua opinione & defensione partium.

Quoad secundum dubium in præsenti causa & lite ortum, scilicet, an † dictum legatum in proposita clausula & inserta in principio huius consilij debeatur puellis consanguineis ingredientibus religionem? affirmatiue respondeo, deberi: tum, quia legatum relictum alicui puellæ pro dote, vel pro nuptijs contrahendis debetur ei, si religionem ingrediatur, *secundum Capitium decis. Neapolit. 403. numero 2.* eo quod secundum eum *ibi*, nubit cœlesti sponso, vt late per Felin, *in cap. Ecclesia sanctæ Mariæ, de constit. col. 31. in fine*. vbi idem esse in legato de maritandis puellis fundat *& Tiber. Decia resp. 5. numero 12. & per totum volum. tertium & Didacus Perez in lege prima titulo secundo lib. quinto. ordi. pag. 79. ver. legatum relictum, & Ricar. infra proxime allegandus numero duodecimo*, & communem testatur Aug. Bero. *q. 34 famil. numero 7. per tex. in auth. de sanctiss. episc. §. sed & hoc præsenti*, & sequuntur plures relati per Burg. *de dotibus filiarum. c. 14. num. 12.* Et quia † conditio, si nupserit, intelligitur etiam de matrimonio spirituali, *secundum Soci. Sen. in l. mulieri & Titio, numero 12. versic. item in virgine, de cond & demonst per tex. in d. §. sed & hoc præsenti*, & Coua. *lib. 1. var. c. 19. numero 10.* vbi subdit hanc rationem, scilicet, quod præsumitur qui de nuptijs cogitauit, quod idem quoque fuisset dispositus, si cogitasset de ingressu religionis, & ita communi interpretatione acceptum esse testatur Fulgos. *consi. 53 numero 2. versi. rursum*, relatus & sequutus per Manti. *de coniectu. vltim. volun. lib. 11. tit 18. numero 26.* vbi in casu negatiuo aliud esse dicit, puta si legetur alicui puellæ, vel mulieri aliquid, si non nupserit, intelligitur de matrimonio temporali, non vero de spirituali: nam intelligitur tunc impleta conditio, si religionem ingrediatur. Quæ adeo vera sunt, quod si † alicui relinquãtur mille si non nupserit, & si religionem ingrediatur ducenta, tota mille habebit, si religionem habitus susceperit, ne à vita contemplatiua abstrahatur, secundum dictos Doctores, & Couar. *vbi sup. numero 9.* hanc dicentem communem & sequitur Tiber. Decianus *dicto responso 5. numero 31.* & magis communem testatur Iason *in authentica, si qua mulier, numero 14. C. de sacrosan. Eccl. vbi a numero 8. incepit*, & idem Iason *in consi. 43 col. 2. lib. 3.* & Anto. Gal. Malvas. *consi. 12. numero 17. lib. 1.* & Ricard. *in commentar. ad §. non solum. institu. de leg. num. 13.* vbi & contrariam dixit communem. Et licet in hoc hincinde sint contrariæ communes & magis communes opiniones, & secundum quãlibet earum sit determinatum, vt apparet omniũ latissime ex Manti. *vbi sup. nu. 27. cum seq.* & ex Cacher. *in decis. Pedem. 161. nu. 6. & 22.* & Menochio *de præsumptio. lib. 4. præs. 83. nu. 4. & 26.* & per D. Gutier. *in suis cano. quæst. aliquibus, & nu. 58. cum tribus sequen. tomo 1.* & ad vtranque partem examinans ita tenet & asserit, non esse ab ea in iudicando, & consulendo recedendum Rolandus Valle *consi. 53. volum 3.* tamen hæc opinio quod mille debeantur, vera est & ab omnibus tenetur in locis, vbi non est consuetudo dandi minores dotes ingredientibus religionem, quam dantur ijs, quæ matrimoniũ carnale contrahunt: vbi tamẽ non adesset dicta

cta consuetudo, tunc vtique esset tenenda, & seruanda voluntas testatoris ad literam, *prout inquit Gutier. vbi sup. ex Roland. Valle. dicto consil. 35. & optime Ias. consi. 43. colum. 4. versi. non obstat quarto, lib. 3.* & sic tunc nõ deberi intranti religionem tota mille, sed ducenta per testatorem iussa tunc præstari: quam opinionem nouissime ego vltra omnes in-
24 telligerem veram esse, quoties † illa ducenta sufficiunt pro ingressu religionis, neque maior solet constitui in eo loco, ingredientibus religionem, secus vero si maior dos solet dari, tunc enim quia esset impedimentum vitæ contemplatiuæ & sic religionis, omnino esset tenenda prima opinio, scilicet vel quod tota mille darentur, vel saltim illa ex eis, quæ necessaria forent pro ingressu religionis, dum tamen non excedatur ab illis mille, tum, quia consuetudo in hoc casu licet dictet, quod cum minori dote recipiatur tam ad matrimonium spirituale, quam ad carnale, dictat tamen hęc eadem consuetudo, quod debet esse maior dos quam ducentorum ducatorum: igitur dos consueta est soluenda, eo quod ad consuetudinem censendum est in tali casu testatorem respexisse circa hoc habitam, si consuetudinem volumus attendere, *ex dictis per Manti. vbi sup. lib. 6.*
25 *titul.* 8. tum etiam quia itidem datum † ingredienti religionem censetur datum nomine dotis, *secundum Guido Papæ decis. delphinatus, 962. numero 6.* & ingrediente monasterium verificatur conditio dotis, *secundum Calderi. consil. nono & Boeri. vbi sup. num. 8. & Baeçam, vbi sup. numero 11.* & ita se habet communis consuetudo, *vt ibi per eundem Bae.*
26 *num. 9.* iuxta † quem vsum verba sunt intelligenda, *vt per Bar. in l. si quis filiabus, ff. de testam. tute.* & communis hic vsus loquendi præfertur propriæ significationi vocabuli, *ex l. cum de lanionis. §. Asi-*
27 *niam. ff. de fundo instr.* quoniam † multoties dum proprietas verborum attenditur, sensus veritatis amittitur, *c. intelligentia. & c. preterea, de verb. sig. cap. Marchio. 1. q. 1. notat Roias de hæreti. 1. par. num. 381. cum*
28 *3. sequen. vbi allegat regulam hanc limitantes.* Et † qualiter iste communis vsus loquendi probetur, tradit Bart. *in l. Labeo. numero 6. ff. de supellect. lega.* & sic videmus, quod in scripturis Monialium ingredientium religionem de dote fit mentio, & nomine dotis promittitur datum, quem admodum & promittitur nomine dotis id quod datur nuptias contrahentibus. Quibus non obstat doctrina Bal. *in authen. nisi rogati, C. ad Trebelli.* dicentis,
29 quod legatum † pro maritandis puellis non potest collocari ad professionẽ religionis, & sequitur Mantic. *vbi supr. lib. 8. titul. 5. numero 22.* & Simon de Prætis, *de interpretatione vltima. volunta. lib. 5. dubitatione 2. numero 77. fol. 456.* & gloss. fin. *libr. 12. titu. 28. par. 3.* Tum, quia voluntas testatoris est ad vnguem seruanda, *ex clem. quia contingit, de religiosis domibus, notat Deci. consi. 72. numero 2.* tum etiam quia præcedentia loqui tunc videbantur, quoties alicui determinatæ personæ fit tale legatum dotis, quo casu, quia voluntas testatoris in alia quam in ea adimpleri non potest, ideo ei dandum est legatum, etiam si religionem ingrediatur quod secus, vbi generaliter relinquitur pro maritandis puellis: nam tunc si in vna non adimpletur voluntas testatoris, in alia poterit adimpleri, qui matrimonium carnale contraxerit, ideo nimirũm si hæc doctrina Bal. esset in nostro casu attendenda, & sic ingredienti religionem non esset legatum hoc præstandum, in nostro casu, prout distinguere videbatur Bal. Nouellus *de dote, 6. par. priuilegio 77.* quem pro se adducebat Gutier. *in d. consil. 26.* Nam respondeo, quod vltra hoc quod contra Bal. loquitur & tenet Benedictus relatus & sequutus per Baeçam *d. num. 9.* & eius opinio si vera esset & tenenda, destrueret omnia dicta in superioribus, imo & à fortiori in legato generali dotis pluribus fœminis factum, esset dicendum deberi puellæ ingredienti religionem, sicut cum vni & determinatæ puellæ relinquitur, quoniam cum vni determinatæ personæ legatur, de volũtate testatoris, apparet in mente omnium, id relinquere voluisse, vt matrimonium contrahat carnale, & filios ac descendentes haberet; quod non est cum pluribus relinquitur, cum in eis considerari non possit, an omnes velint carnaliter contrahere matrimonium: Ergo à fortiori in generali legato dotis est tenendum deberi ingredienti religionem, cum tunc potius id videbatur sensisse testatorem. Vltra hoc inquam, dico, quod doctrina Bald. cessat in nostro casu ex duabus rationibus.

Prima, quia non legatur pro maritandis puellis, sed pro augmento, & auxilio dotis & matrimonij, & in legato † pro maritandis à communi- 30
ter accidentibus, intelligitur de carnali matrimonio, pro dote vero, aut matrimonio relictum tam de spirituali, quàm carnali intelligi potest: nam si testator voluerit aliquid erogari in subsidium maritandi filias hæredum, hoc legatum intelligitur ei quoque relictum qui velit ingredi monasterium, secundum Nattam *consi. 296. num. 2. & 3.* vbi reddit diuersitatis rationem, & refert eum ad hoc Mãt. *vbi su. lib. 8. tit. 5. numero 22.* & sic cessat in nostro casu illa Bal. doctrina.

Secunda vero ratio & responsio est, quod in nostro casu non fuit generalis clausula apposita, sed restricta potius ad particulares, dum vocat pauperes consanguineas ex parte patris, & sic ad certas de incertis, & nunc in alijs quam in ijs proximioribus voluntas testatoris adimpleri non potest; & sic merito, quod sicut si vni determinatæ personæ relinqueretur legatum dotis, quod illi daretur, si religionem intrasset, vt fatetur Gutier. *d. consi. 26.* quod & nunc istis detur, ne voluntas testatoris remaneat illusa, & non impleta, cum istæ attento præsente statu & tempore sint certæ & determinatæ, par † est enim aliquid esse certum, 31
& de per se, vel per relationem ad aliud, *leg. certum, ff. si cert. petat. l. vbi autem, §. illud, ff. de verbor. obligation. optimus textus in l. hac venditio, §. huiusmodi, ff. de contrahen. emptione, ibi. Neq; enim certum est pretium in tam euidente venditione, quæ facta fuit pretio, quod emptor habebat in archa vel in alia parte, & probat l. 10. titulo 5. partit 5. Anton. Gom. tom. 2. variarum, cap. 2. nu. 9.* & quia † electus censetur nominatus in ipso te- 32
stamento, *ex lege item eorum, §. si decuriones, ff. quod*

ff. quod cuiusc. vniuersi. nomi. l. vnum ex familia, §. si de falcidia, & ibi Meneses, num. primo, & 2. de legat. 2. & diximus alibi. In præsenti tamen, testator iubet distribui legatum hoc inter pauperes consanguineas, ex parte patris sui, & sic debent esse proximiores: igitur hæc volens ingredi religionem cũ auxilio dicti legati, cum sit proximior & pauper, est certa designata, & per cõsequẽs nõ implebitur voluntas defuncti si ei non datur: ergo ei omnino præstandum est legatum hoc, præsertim cum ipse testator clericus sacerdos fuerit, quem credẽdũ est magis intentionẽ direxisse ad vitã spiritualem, & sic ad matrimonium spirituale, quam ad

33 carnale: ex † qualitate personarum voluntas decerpitur, ex textu, ibique Barto. notante *in l. cum qui certarum, in principio, ff. de verborum obligation.* Verbaque intelligenda sunt secundum qualitatem personæ proferentis ea, *textus in l. plenum, §. equitij, ff. de vsu, & habi. notat Curti. Iunior consilio 35. numero 8. volumine 1. & Mantic. de coniecturis vltim.*

34 *voluntat. lib. 6. titul. 10. per totum*, & id † quod est verisimile censetur velle testatorem, *secundum Soci. Iunior. consilio 128. numero 16. & 84. volumine 1.* Item, &

35 quia † Episcopus ex iusta causa cum consensu patroni potest alterare voluntatem defuncti, *secundum Cardinal. in Clementina, quia contingit, de religios. domib. quæstione 4. & iterum in cap. nos quidem, quæstione 3. de testament. Deci. consilio 121. Lambert. de iure patronat. lib. 3. quæstione 5. principal. articul. 3. fol. 21. in nouis*, præsertim existente tam iusta & necessaria causa pro animæ salute, scilicet, ingredientis religionem, & sic hæc censetur nominata per testatorẽ, & consequenter alteri non est præstandum lega-

36 tum hoc, quia id † quod semel perfectum est, ne rescindatur, potest Episcopus alterare voluntatem, *secundum Barba. consi. 23. in prin. lib. 1. optime loquentem*, maxime, si voluntas defuncti nondum est in esse deducta, sed deducenda, vt inquit Imol. relatus & sequutus per Pala. Rub. *in rubr. de donatio. inter. §. 47. numer. 10. ad fin.* Ex quibus omni-

37 bus sententiam obtinui. vt dictum est, & † an legatum relictum pro puella maritanda debeatur, si viuo testatore nubat, vide Mantic. *vbi supr. lib. 12. titul. 1. num. 13. folio 317.* & Sebastia. Medices, *in tractatu mors omnia soluit. 2. part. conclu 36. in fine*, & Nos

38 alibi etiam diximus; & an † si testator iussit bona sua per suos executores distribui sacerdotibus pro Missis dicendis, possint distribuere sacerdotibus, qui non sunt de loco testatoris, sed extra, vide decisionem 118. capellæ Tolosanæ, & gloss. *in l. 22. titul. 3. par. 6.* & in additionibus 9. decisionis

39 multa de ijs executoribus dicuntur: & legatum † pro dote pauperum an debeatur viduis, vide Mãti. *vbi sup. lib. 8. tit. 5. numero 21.* vbi alia plura dicit, & ibi, an debeatur vni tantum, vel vicinis, & ibi, *numero 20.* an iussus restituere bona pauperibus post mortem possit illa in vita restituere, & nota

40 quod † executores ad distribuendum inter pauperes deputati possunt & debent dispensare primo in consanguineos testatoris pauperes, si existant, vt per Tibe. Dec. *consi. 1. numero 51. vol. 3.* vbi, *numero 52.* quid si extat filius spurius testatoris; &

41 quidquid † executor expenderit pro implendo testamento recuperabit à bonis defuncti, *secundum Specul. tit. de instrum. edit. §. num vero. numero 83.*

42 & † an legatum puellæ factum *para ayuda à su casamiento*, sit modale vel conditionale, vide D. Didac. Perez *in l. prima, titulo 2. lib. 5. ordi. pag. 78. versi. quæri potest.*

CONSILIVM XVII.

In materia gabellarum circa priuilegium Antoniæ Garsiæ & eius descendentium.

SVMMARIA.

1. *Tenor Regiæ concessionis vel priuilegij est multum attendendus.*
2. *Priuilegium causæ transit cum sua causa, sicut personale cum persona.*
3. *Scholaris captus extra Academiam à iudice laico, ab eo retineri non potest.*
4. *Priuilegium personæ concessum dicitur indiuiduum.*
5. *Hypotheca est indiuidua, licet res hypothecatæ diuidi possint.*
6. *Maritus viduus factus ex aliqua ex descendentibus Antoniæ Garsiæ. si alij nubat an gaudebit ipsarum priuilegio.*
7. *Priuilegium transiens in contractum per viam remunerationis. fit irreuocabile, & num 8.*
9. *Vitam suam tenetur quis domini saluti præponere.*
10. *Vita cunctis rebus maior & charior est.*
11. *Regi asserenti sic contigisse credendum est.*
12. *Labrança, Latine dicitur cultura.*
13. *Cultura agri quid in se contineat.*
14. *Onus reale transit inquemcunque possessorem.*
15. *Census capitale, in tot. patrimonium minuit.*
16. *Custodia differt à cultura.*

PRiuilegio particulari legibus Regiis approbato, videlicet *in l. 31. cum duabus sequent. tit. 18. lib. 9. re. op.* concessa est exemptio gabellarum Antoniæ Garsiæ de Monroy, & eius descendentibus, & illis, qui cum eis matrimonia contraxerint, prout ex dictis legibus & tenore priuilegij clarissime constat, cum declarationibus à dictis legibus propositis, & vna earum est, *ex dict. l. 33. dicto titulo 18. libro 9.* scilicet, quod dicta exemptione supradicti gaudeant in ijs, quæ sunt laboris & fructus, vulgo *de labranças y criantças.* Contigit quod quidam maritus cuiusdam descendentis dictæ Antoniæ Garsiæ, habebat quosdam fundos & hæreditates, quas quolibet colebat anno, & ex eis se sustentabat, super quib. hæreditatib. & fundis, vxore sua iam mortua, imposuit quosdam census redimibiles, & obligauit hæreditates ipsas, ac eas hypothecauit pro solutione & securitate dicto-

rum censuum specialiter, & generaliter quo scito ac intellecto per gabellarios & conductores earum, petierunt à supradicto census impositore, & marito quondam dictæ descendentis, gabellam dictorum censuum; & lis super hoc fuit fundata in iudicio, & pro ipso reo, quod non deberet dictam gabellam, allegaui in facto, & in iure, & tandem quamplurimis licet aduocatis titubantibus in ijs, iudiciali sententia fuit diffinitum, nullam ex dictis deberi gabellam; etiam si vxor istius erat tunc mortua; & ipse in viduitate permanebat, & pro eo sequentia in iure allegaui, & consideraui.

Pro cuius rei defensione supponendum est, consideranda esse plurimum Regum Catholicorum verba in dicto priuilegio, & in dicta l. 33. apposita, dum conceditur hæc immunitas ipsi Antoniæ Garsiæ, & eius descendentibus, & illis, qui cum aliqua ex dictis descendentibus matrimonia contraxerint, vt patet in dicta lege trigesima tertia ibi, *que todas las personas que tienen las dichas exemptiones, y los descendientes de la dicha Antonia Garcia, y los que se casaren con las hijas dellos*, & iterum pluries repetit, *que à las descendientes de la dicha Antonia Garcia, y à los maridos dellas*, quæ quidem verba sunt ad modum consideranda: tenor † enim Regiæ concessionis, ac priuilegij debet multum attendi ac considerari, *tex. in cap. c. porro. c. recepimus, de priuilegijs, capit. accepimus, de fide instrum. Ioann. Andr. multa allegans in regula priuilegium, de regul. iur. lib. 6. Paul. Castren. consil. 164. numero 2. libr. 2. Abb. consil. 85. column. 1. libr. 1. Barba. consi. 2. colum. 3. in medio, libr. 2.*

1

Hæc autem regia concessio ipsis descendentibus, & itidem illis, qui cum eis contraxerint matrimonium conceditur: ergo eis non extinctis, & mortuis non perditur priuilegium hoc, quia priuilegium personale cum persona, & non alias extinguitur, *ex capit. priuilegium, de regulis iur. in 6.* ponderando copulatiuam, *y a sus descendientes, y a los que con ellas casaren*, copula enim inter diuersa ponitur, *vt gloss. & omnes in l. prima, ff. de iustitia, & iure*, & per consequens vnicuique censetur concessum, & sic decet esse mansurum, *vt capit. decet. de regul. iur. in 6.* nam quando alicui fuit ius semel adquisitum ex persona alterius, & si illa persona deficiat postquam semel competit, perpetuo durat, tex. egregius *in l. illud, §. siquis eum. & magis in l. si post mortem, §. siqui, ff. de bonorum possess. contra tabu. ibi, cum enim semel beneficio, & tradit in simili priuilegio Marcus Anton. Eugen. consilio 91. per totum libro primo.* Adeo. vt sicut † priuilegium causæ transit cum sua causa, *leg. tempus, ff. de re iudicat.* ita priuilegium personale cum persona, eamque comitatur etiam absentem, & sic † scholarem priuilegium suum sequitur, vt etiam extra Academiam captus à iudice laico, retineri non possit, *vt per Doctores, in authen. habita, C. ne filius pro patre*, ita vt priuilegium personale sequitur personam in solidum, & sic pro parte durare & pro parte conuelli non potest quia † priuilegium personæ concessum dicitur indiuiduum, *vt per Aymon Crauet. consilio 239. numero 4. lib. 2.* ad exemplum sententiæ, vnicum tantum continens cap. *secundum gloss. in leg. 1. C. si aduersus rem iudi.* & licet sint res separabiles à persona, ipsum tamen priuilegium personæ concessum, & rebus, dicitur indiuiduum, licet † res hypothecatæ diuidi possint, *leg. quam diu, C. de distra pigno.* vt in propositum singulariter inquit Petrus Peckius *in dict. cap. priuilegium, numero 5. de regu. iur. lib. 6.* vt intelligamus priuilegium his descendentibus, & maritis suis concessum, esse indiuiduum, & sic vnicuique in solidum concessum, & vnicuique eorum superstiti seruandum, & multo postquam hæc in facto allegaui tenet Ioann. Garsia *de nobilitate. gloss. 1. §. 1. nu. 44. cum sequent.* sic dicens quotidie seruari, quidquid contrarium subdentibus tamen dixerit Lassarte *de decima vendi. cap. 3. numero 12. in fin.* & cum Ioan. Gar. tenet etiam expresse Doctor Sichardus, *in disputatione titu. C. de murile. & Gynacia. lib. 11. numero 61.* Sed si † maritus hic viduus fiat & nubat alteri non priuilegiatæ personæ, gaudebit dicto priuilegio? dic quod non, ex dictis per Sichard. *vbi sup. numero 64.* licet posset aliud dici in viro, vbi, *numero 19.* quasi ad nostram legem inquit, quod licet priuilegium vxoris viro non competat, nec familia viri sequatur familiam vxoris, hæc tamen ex gratia & priuilegio ob matrimonium bene fit, & tunc secundum eum, ibi, *num. 42.* reale & non personale est tale priuilegium.

2 3 4 5 6

Secundo præsuppono, quod vt ex dicto priuilegio constat, fuit concessum in remunerationem seruitij ab ipsa Antonia Garsia facti Regibus Catholicis, vitam suam ob hoc exponente, prout exposuit, & † per consequens priuilegium transiuit in contractum, & reuocari non potest, vt notant omnes communiter *in cap. nouit. de iudi.* & ideo notabiliter dicebat Bal. *in leg. si cum mihi, per text. ibi, ff. de dolo*, quod si Princeps subdito ob aliquod factum ab eo sibi præstitum, priuilegium aliquod concesserit, cum in † contractum tale priuilegium transierit, illud reuocare minime potest, cuius doctrinam sequitur Iason, *consil. 56. column. 3. volumine primo*, quem & alios late tractans refert Loazes *in allegatione oppidi de mula, in prima dubitatione, numero 27. & 29. pag. 63. cum sequentibus, & iterum pagin. 127. numero 29. & 30.* & sic fuit obligatoria causa ex parte Regis, & per consequens indiuidua, vt inquit Aymon, *vbi supra, numero 5.* Sed quænam maior causa renuntiationis potuit esse ad concedendum dictũ priuile-

7 8

uilegium, quam mori pro ipso Rege illud concedente, quæ quidem Antonia licet teneretur Regi suo seruire, non tamen tenebatur vitam pro eo ponere; quamuis enim vasallus ad bellum teneatur ire cum domino, in ipso tamen prælio non tenetur domino succurrere, si sibi mortem viderit imminere, quia † vitam suam debet saluti domini præponere, vt not gloss. communiter approbata, *in cap. 1. in princi. quibus mod. feud amittat. & in cap. si à morte, de aliena. feud.* & hanc communem testatur Paris de Puteo *in tracta. de re milit. lib. 5. versi. an vasallus*: charitas enim bene ordinata incipit à se ipso, *l. præses, C. de serui. & aqua. refert Loazes vbi supr. pag. 174. num. 35. & 36.* Cumque pro Rege, & in eius seruitium Antonia hæc vitam amiserit, quæ † quidem vita cunctis rebus maior chariorque existit. *l. in seruorum, ff. de pœnis. l. sancimus, cum similibus, C. de sacrosan. Eccle.* quam æstimationem posset Rex conuenientem illi assignare, quæ excessiua, imo condigna huius meriti & seruitij impensi esse possit? vt in simili inquit Loazes *vbi supr. pagin.* 194. *numero* 7. *cum sequentibus*, quod quidem seruitium ex tenore priuilegii, & ex legibus nostris, & ex historijs notissimum est, & † credendum est Regi asserenti, sic contigisse, *vt per Loazes vbi supr. pagin.* 134. *numero* 38. & 40. Et perconsequens non est hoc priuilegium stricte interpretandum, sed largissime, ita, vt semper pro priuilegiatis in dubio sit interpretatio facienda, præsertim modum gabellæ, quæ res odiosa est vt inquit Tiraque. *de retract. lignagier.* §. 15. *gloss.* 1. *num.* 12.

Quibus sic suppositis ad propositum deueniẽdo, patet clarissime, quod cum maritus hic dictæ descendentis Antoniæ Garsiæ, dicto priuilegio gaudere debet, cum expresse sibi concedatur, quod non esset, si nõ concederetur, neq; filiæ nuptæ gauderent hoc priuilegio, sed virgines tantum, nisi id sibi concederetur, vt conceditur hic, *secundum Rebuf. in l. liberorum, §. præter, pag. 466. in princip. ff. de verbo. signifi.* vbi clare apparet, gabellam petitam non deberi: nam, vt expresse apparet, bona super quibus census est constitutus, sunt culturæ, creationi & sustentationi appropriata: labrança † enim latine cultura dicitur, & sic ipse cultus, *vt l. quoties § si colono, ibi, quas in culturam fecerat, ff. de vsufruct. §. si quis à non domino, Institu. de rerum diuisione, ibi, naturali ratione placuit, fructus quos percepit, eius esse pro cultura & cura*, & † colere agrum, est laborare arando, vel fodiendo, vel alio modo, *l. 1. § de eo, versic. sed & si quis arare. ibi, licet colendi agri causa videatur fecisse, ff. de aqua pluui. arcend. l. hactenus, in fi. ff. de vsufruct. l. censoria, ff. de verb. signi. Y criança, secundum l. 1. titul. 20. partit. 4. es criar alguna cosa de otra*, sicut hic, vbi ex fundis, & hæreditatibus suis producit labore suo & suorum famulorum arbores & fructus eorum, & eodem modo ex numis ad censum prestitis producitur redditus & vsus huius, ita, vt in hoc casu concurrant verba *dict. l. 32. titu. 18. lib. 9. recopi.* quæ loquitur cum dicta Antonia Garsia, & descendentibus eius, ac ipsorum descendentium fœminarum maritis, & sic in eis habet locum eius dispositio, & priuilegium dictum: nam cui verba conueniunt, conuenit & dispositio, & è contra, cui non conueniunt, non conuenit dispositio, & cum de fructibus dictorum bonorum super, quibus casus est constitutus, eo quod sunt, *de su labrança, y criança*, non debetur gabella, quoties tales fructus venduntur, vt omnes partes in processu fatentur, & sententiis, & actibus in eo insertis, sic est pluries iussum & determinatũ, neq; itidẽ debebitur gabella ex censibus super dictis fundis & fructibus eorum constitutis, & impositis. Nam siue teneamus opinionem aliquorum tenentium quod censu constituto super aliquibus bonis immobilibus, omne quod in principali dicti census sumatur, visum est vendi in proprietate, & vsufructu dictorum fundorum, & sic asserunt † esse onus reale, & in quemcunque possessorem transit, *vt per Couar. lib. 3. vari. cap. 7. numero 6.* & hac de causa census inter immobilia computantur, *vt in clementina, exiui de paradiso, de verbo. signifi.* siue teneamus opinionem aliorum tenentium, solum vsumfructum fundi, & dominium vtile eius affici constitutione census alicuius, vt inquit optime fra. Ioan. Gra. *in tract. de tratos y contratos, ca. 2. del censo al. quitar*, in quolibet harum opinionum, quandoquidem fructus dictorum fundorum cẽsui obligatorum, venduntur, pro rata & summa capitalis census super eis constituti', quoniam † tantum minus patrimonij possidetur, quantum sumat capitale census constituti super fundis vel fructibus eorum, *ex l. fundi partem, ff. de contrahend. emptione*, diximusque Nos *in l. 2. numero 16. & 17. titu. 1. lib. 2. recop.* nimirum si ex capitali dicti census, de quo in præsentiarum agimus, nulla debeatur gabella, sicut non deberetur si fundi ipsi, aut fructus eorum venderentur, *pues eran y son de la labrança y criança del constituyente el censo*, idq; clarissime ducitur ex dict. l. 32. ibi, *gozen y sean libres de aqui adelante de alcauala de todo lo que vendieren, que verdaderamente fueren de sus labranças y criancas.* Constitutio autẽ cẽsus vere est emptio & venditio, vt ex extrauaganti 1. de emptione, & vendi. in communibus constat, & quoniam si non esset venditio, non deberetur regulariter gabella ex eo: Igitur manifestissime patet ex dictis, nullam in nostro casu deberi gabellam, maxime vbi non sit per viam contractus, & negotiationis, sicut hic non fit, sed ad sustentationem constituentis censum hunc, quod considerat dict. l. 32. reducta ad l. 31. proxime præcedentem eiusdem titul. 18. lib. 9. recopil. ad excusationem huius gabellæ, & ex l. 15. eod. titu. & libr. etiam deducitur, ibi, *que no sean de su labrança, ni para su proueymiento, y mantenimiento*, & ex dictis per Albert. Trocium *de vero & perfect. cleri. lib. 2. cap. 52. n. 5.* Quibus quidẽ fundamentis

 iudi-

iudicem informaui, & sententia iudiciali fuit definitum, nullam deberi gabellam, & gabellarij recesserunt à lite & nihil amplius in ea processerunt. Habes tamen notare singulariter, quod licet non debeatur gabella de ijs quæ sunt de cultura & creatione, ita, quod circa hæc gaudent istæ personæ hoc priuilegio, non tamen idem erit de eis, quæ vendunt pro soluenda custodia eorum: differt † enim custodia à cultura, vt probat tex. *in l. cum quæreretur, § prædiis legatis, de lega.* 3. quem ad hoc commendat Deci. *consi.* 420. *numero* 4. *&* 5. dicens, quod quilibet non viso illo tex. contrarium responderet, sicque consilium nostrum finitur.

CONSILIVM XVIII.

Maioratus an dicatur constitutus ex quibusdā vocationibus disseritur, vbi multa de prohibitione alienationis, & quādo temporalis vel personalis dicatur.

SVMMARIA.

1 *Maior ætas ad successionem considerata an inducat maioratum, & num.* 2. *Quid si per verbum, primogenitus.*
3 *Omissum habetur quod non exprimitur.*
4 *Conseruatio bonorum perpetua in familia an inducat in eis successionem ordine primogenituræ.*
5 *Maioratus an censeatur constitutus ex prohibitione alienationis bonorum.*
6 *Alienationis prohibitio non inducitur, quando apponitur personis nominatis, sed personalis est in eis.*
7 *Alienationis prohibitio facta sine causa nihil valet.*
8 *Maioratus non censetur constitutus ex eo quod successor grauetur habere certum cognomen.*
9 *Onus primis substitutis appositum non censetur in aliis repetitum.*
10 *Pœna vni apposita non censetur alijs successoribus repetita.*
11 *Substitutio non extenditur ad personas de quibus non loquitur.*
12 *Bona in dubio libera præsumuntur.*
13 *Testatorem aliquid velle, nisi disponat non sufficit.*
14 *Alienationis perpetua prohibitio vbi deficit an dicatur maioratus constitutus vel fideicommissum inter personas nominatas.*
15 *Fideicommissum inductum videtur cum testator ordine successiuo, & sine perpetuitate inter nominatos successionem constituit.*
16 *Fideicommissum diuersum est si familia relinquatur, vel vni de familia, quoties relinquitur, vt bona in familia conseruentur.*
17 *Substitutio non est extendenda de vno casu ad alium, nisi expresse dicatur etiam ex identitate rationis, vel ex verisimili mente disponentis.*
18 *Substitutum se asserens tenetur probare, alias aduersarius habet intentionem contra eum fundatam.*
19 *Grauatus de restituendo fundo vni de familia, eo ipso quod restituit, deinceps liber manet.*
20 *Vltimus vocatus ad fideicommissum certorum bonorum, potest de eis extraneum hæredem instituere.*
21 *Substitutio facta decedenti sine liberis expirat eis relictis, & enumeratio specierum restringit generalitatem.*
22 *Agnationis conseruatio facta respectu certarum personarum, non omnes agnatos, sed solum vocatos comprehendit.*
23 *Prohibitione facta ea ratione vt bona conseruentur in familia vltra quartum gradum non extenditur.*
24 *Ampliatur, etiam si per viam maioratus prohibitio fiat, nam non egreditur vltra nominatos, & num.* 26. *limitatur.*
25 *Vocationes factæ certarum personarum ad certa bona, personales, & non reales dicuntur.*
27 *Fideicommissum est onus.*
28 *Substitutio proximiorum semel facta censetur.*
29 *Legatum relictum familiæ vt conseruetur ibidem, differens est relicto proximioribus.*
30 *In dubio contra fideicommissum est pronunciandum.*
31 *Substitutio de proximioribus in numero plurali facta per mortem primi proximioris finitur decedentis sine liberis, & tunc pluralitas resoluitur in singularitatem.*
32 *Substitutione facta de duobus antiquioribus de domo an in infinitum facta censeatur.*
33 *Alienatione filio prohibita, an & nepoti censeatur prohibita num.* 33. 34. 35. 36. *&* 37. *declaratur, l.* 27. *Taur. in hoc.*
38 *Prohibitio facta à testatore circa alienationem tertij & quinti meliorationis & insuper legitimæ meliorati, an in aliquo valeat.*
39 *Maioratus an factus censeatur ex eo quod pater instituat filium, & disponat, quod si ipse & eius descendentes decesserint sine filiis, bona deueniant in filium secundum, Positi in conditione an censeantur grauati. nu.* 40.
41 *Verbum, successiuamente, refertur ad personas nominatas.*
42 *Alienationis prohibitio facta hæredi, an comprehendat hæredem hæredis.*

TEstator quidam in testamento suo inter alias clausulas vnā in hunc modū proposuit.

Iten mando, y quedo el restante de mis bienes à mi hermana Cathalina, en esta manera, que las tierras y yerua que me caben en mi particion de los biennes de mis padres cumplida mi anima, y mandas, se haga inuentario de todos mis bienes dentro de treynta dias de los dichos bienes rayzes, è lo aya y herede la dicha mi hermana Cathalina, con tal grauamen, que vaya por el dicho inuentario, y los recipa è que los dichos bienes ni parte dellos, no se puedan vender ni trocar, ni cambiar, ni enagenar, y con el mesmo grauamen lo aya y herede el hijo mayor, ò hija que ouiere, que tenga el apellido de Collaços: y que no auiendo hijos, lo aya mi hermano Iuan, ò el hijo, ò hija mayor, cōq; no se pueda vender, segun dicho es, è successiuamente succeda la dicha hazienda en el deudo mas propinquo que ouiere de parte de mi padre, ò de mi madre.

Contingit, quod dicta Cathalina successit in dictis bonis, & ipsa & alij post eam specialiter vocati mortui fuerunt, qua de causa dicta bona deuenerunt in vltimo vocatum, scilicet, in proximiorem

miorem consanguineum dictæ testatricis ex parte patris, qui quidem nunc ea possidet, & vocatur Antonino de Collaços, qui quadam scriptura inter viuos dicta bona donauit cuidam suo consanguineo Francisco de Collaços, eodem cognomine vocato, eo quod essent bona libera, & quia erat de dicta progenie, licet non propinquior testatricis, quamobrem quidam Antoninus de Treio mouit litem, dicens dicta bona esse maioratui subiecta, & ipsum esse propinquiorem dictæ testatricis, & per consequens, dicta bona ei pertinere & donationem dictam per possessorem eorum factam, nullam esse; & lite introducta defendi partem dicti Francisci donatarij sequentibus medijs, & tandem in vno ex tribunalibus Regni declaratum fuit, dicta bona esse vinculata & pertinere dicto Antonio de Treio, post mortem ea nunc possidentis, & donationem esse nullam: & licet quoad sententias tantorum iudicum iuris consummatissimorum nihil est tractandum; potuerunt se enim ex alio mouere, quã in præsenti consultatione mihi propositum fuit, vel si ex eisdem iudicia ipsorum sunt amplectenda, tamen quia huic nostræ sententiæ accesserunt & viri non contemnendæ authoritatis, in medium proferam fundamenta, quæ pro parte dicti donatarij adduxi, pro conseruanda dicta donatione, & omni dubio tollẽdo, & quod principaliter hic veniebat discutiendum, erat, an ex dicta dispositione & clausula dictæ testatricis esset constitutus maioratus, vel fideicommissum perpetuum inter omnes de familia dictæ testatricis, vel finiretur in persona dicti Antonij donatoris, vt ipse de his bonis posset disponere, sicut de bonis liberis: & pro parte hac, quod essent bona libera, & sine grauamine maioratus, vel perpetui fideicommissi, & finiri vocationes in hoc vltimo possessore, sequentia considerani.

Primo quoniam testatrix hæc nullum inseruit verbum, cuiꝰ virtute deduci posset, velle maioratum constituere, in dubioque semper censendum est bona libera, non vero maioratui subiecta relicta esse, vt in progressu latius fundabimus.

Secundo, ex eo quod verba illa, *succeda el hijo, ò hija mayor*, solummodo respiciunt maiorem ætatem ad succedendum & præferendum in successione, vt inquit Felinus *in Rubr. de maiorit. & obedien. numero.* 12. non vero maioratus constitu-1 tionem: dicens enim, succedat † maior natu, censetur solam ætatis prærogatiuam considerare, non vero primogenituram, quam solum consi-2 derasse videtur, si † per verbum, *primogenitus*, vulgo, *el primeren grado*, testatrix loqueretur; tunc enim solam qualitatem, ac lineam rectam primogenituræ considerare videretur, quã differentiam constituit Alexan. *consi. 4. n. 13. versic. item iura, & rationes, lib. 4. & Pala. Rubi. in Rubr. de donatio. inter. §. 69. in fine. Tiraquel. de primog. quæstione 40. numero 160. Alciat. lib. 8. parergon. cap. 15.*

Idque etiam in terminis maioratus loquens resoluit Acosta, *In quæstione Patrui & Nepo. numerò 11. pa. 393. in nouis*, sic dicens omnes agnoscere, & plures alios sic tenentes refert Menoch. *cõsil. 442. numero 19.* vbi, *numero 40.* alios refert contra tenentes & communem dicentes, & ibi opiniones distinctione concordat, *lib. 5. fol. 149.*

Et ꝙ per verbum, *mayor*, ætas tantum consideretur, probatur ex *l. si pater in fine, ff. de adoptionibus, ibi, nec maior nec minor, & in l. cum qui, ff de interd. & releg. & in l. semper, in princip. ff. de iure immunita. capit. maiores, 24. quæst. 1.* quæ iura ad hoc allegat Decius, *consi. 443. secundum antiquam impressionem, & secundum nouam est primum, volumine 3. &* Anton. *Gama. in decisio. Lusitana, 307. num. vigesimo, &* reddunt rationem, quia verba intelligi debent naturaliter & vere, *l. fin. C. de his qui veni. ata. impet.* & non accidentaliter, vt & in propositum inquit Barba. *in capitulo nullus, columna septima de foro competenti.*

Tertio, quoniam testatrix hæc in dicta eius clausula non fecit vocationes perpetuas ad bona hæc, neque declarauit, aut voluit in perpetuum seruari contentum in dicta clausula, quod ex ea clare colligitur, quia nullum verbum perpetuitatem denotans in ea reperies, & quia vbi id voluit, declarauit, prout fecit in clausula alia eiusdem testamenti, vbi iussit, anniuersarium pro ea fieri in Ecclesia, & nominauit in Patronum dicti anniuersarij dictum Antonium, interim, quod frater eius esset ætatis viginti annorum, & cum ad hanc ætatem peruenisset, esset ipse patronus, & post eum proximior consanguineus ex parte patris sui, & eo deficiente ex parte matris, & sic successiue in perpetuum. Si ergo in hac clausula, ita declarauit, si in nostra de qua nunc agimus idem voluisset, expressisset, & † ꝙ non expres-3 sit, pro omisso habendum est, *vt inquit in simili Tibe. Dec. Respons. 22. num. 4. volumine 3. & iterum, Respon. 7. numero 48 eod. volumi.* 1. & remansisse est censendum in dispositione iuris communis, *ex l. commodissime, ff. de liber. & post.* & sic voluisse libera relinquere bona hæc, nostra in clausula cõtenta, & non maioratui subiecta, cum hæc sit iuris præsumptio, ad quam testator videtur se semper referre, & cum ea se conformare, videturq; semper in minus hæredẽ velle grauare. Imo † & quan-4 tumuis testatrix hæc vellet, vt bona sua in familia perpetuo conseruarentur, in eisque successiue, & gradatim esse succedendum, non ex hoc debet in tali fideicommisso succedi iure & ordine primogenituræ, sed potius omnes proximiores in eodem gradu existentes pariter ad talis fideicommissi successionem admittendi erunt, *ex tex. in l. peto, §. fratre, ff. de legat. 2. probat optime Mol. de primoge. lib. 1. ca. 5. nu. 31.*

Quarto, quoniam licet testatrix hæc in dicta clausula specialiter vocatis apposuerit grauamen non alienandi bona hæc, non † censetur ex hoc 5 constituisse maioratum, vt tenent plures relati per additio. Anton. Gom. *in l. 40. Tauri, numero 64. pagin. 58.* cum in isto Regno adsit lex, quæ hoc disponat, prout Portugali dispositum habetur lege Regia, secundum Gamam *decis. Lusitana 30. per totam,*

totam, præsertim vbi alienatio non prohibetur, ea sola ratione, ne bona exeant extra familiam, sed vt in ea conseruentur, prout hic non fuit prohibitum, neque dispositum, quo casu clarius est, maioratum non esse constitutum, vt apparet ex dictis per Molinam *in dict. cap. 5. nu. 7. & 27. versiculo, istis tamen non obstantibus*, neque est aliquod onus appositum quotannis adimplendum, vt fuit in dicta decisione 30. Lusitana relata per Velascum *in consultatione Lusitana, 27. numero 2.* & melius *in consultatione* 82. vbi optime loquitur in propositum

6 nostrum, quod non sit maioratus. Imo † quoties prohibitio alienationis nō est indiffinite prolata, sed finite, vt hic, quia nominatis expresse apponitur, non inducitur perpetua prohibitio alienationis, sed personalis est, & non extenditur ad alias personas, quam nominatas vt inquit Crassus *receptarum sententiarum*, §. *fideicommissum*, *quæstione 5. numero* 10. prout induceretur, si indiffinite apponeretur, *ex textu in l. vnum ex familia*, §. *sed si fundum, ff. de legat. 2. & ibi notat Peralta, num. 27. pagin. 599. & Burgos de Paz consi. 44. numero 7, lib. 1. & ex dictis per Gammam decisio. 203. num. 19. cum tribus sequentibus, & per Valascum dict. consultatione 82. num.*

7 11. Imo † cum sine causa fuerit facta hæc alienationis prohibitio, nihil valet, *ex l. filius familias*, §. *divi. ff. de legat. 1. & ibi notant omnes, teste Paulo Parisio, consil. 52. numero 12. volumi. 2.* & Crassum *in dict. quæst. 5. numero* 1. vbi ampliat, etiam si per viam conditionis fiat talis prohibitio, *& Molin. lib. 1. cap. 6. numero 30. de primogeniis*, & approbatur *l. 44. in fine, tit. 5. part. 5.* nisi fieret hæc prohibitio in casu in quo maioratus ex talibus bonis esset constitutus: nam tunc necessarium non est, in prohibitione inserere causam, quia de se illa patet, *vt per Pelaez de maioratibus, 4. part. quæst. 1. numero 5. & 7. ad fi.* Item in præsenti prohibitio alienationis non est facta fauore agnationis conseruandæ, eo quod fœminæ sunt vocatæ, per quas familia non conseruatur, sed tantum, vt bona hæc ad nominatos hic, de familia, de Collaços, perueniant, quod est differens, *vt per Tiber. Decia. Respon. 7. n. 38. & 39. vol. 1.*

8 Quinto, quia † per grauamen quod successor horum bonorum habeat cognomen, de Collaços, non censetur maioratus constitutus, nisi testator iubeat hoc in perpetuum obseruandum, *secundum Molinam vbi supra, num. 34.* maxime cum hic solummodo filio vel filiæ huius Catherinæ vocatæ ad dicta bona grauamen hoc appositum sit, non vero alijs post eum vocatis, & sic alijs non

9 videtur impositum, quoniam † onus primis substitutis appositum, non censetur aliis post substitutis adiectum, vt ex textu *in lege cum vxori, C. quando dies lega. cedat*, notant Oldradus *consi. 21.* & alij relati per Deci. *consi. 218. numero 7. & consil. 288. co-*

10 *lumn. 4.* & sic † pœna vni apposita, si non impleuerit mandatum, non censetur alijs successoribus imposita, *secundum gloss. penul. l. fin. titul. 11. partit. 6.* Ex quo dicunt Doctores, vt alibi retulimus, dici

11 posse, de te substitutio † non loquitur, neque in hoc casu, vt ait Socin. *consil. 62. columnn. 3. ante medium, libr. 3. Crauet. & alij relati per Burgos de Paz consil. 34. numero* 14. Item, nomen & insignia circa fœminas nullius vel saltim paruæ est considerationis, *vt Per Tiber. Decia. Respons. 7. num. 35. cum tribus sequent. volu. 1.*

12 Sexto, quoniam in † dubio bona libera præsumuntur relicta non vero maioratui subiecta, nisi maioratus ostendatur, *ex c. 1. § inter filiū, & ibi Bal. n. 2 si de feudo fuerit cōtro. Alexan. consi 129. in princ. lib. 1. Decius cōs. 85. lib. 1. Anton. Gabri. plura referēs in li. 3. com. opi tit. de feudis conclusi 3.* voluntasque testato-

13 ris non est attēdenda, nisi ad dispositionem processerit, atque † non sufficiat testatorem velle, nisi disponat. *tex. vbi Bal. notabil. 3. colu. 1. in l. quidam cum filium, ff. de hæredi. insti. Meneses in l. vnum ex familia, §. si de falcidia, numero 18. de legat. 2. Molin. de primoge. lib. 1. cap. 4. numero. 6. fol. 19. Tiber. Decia. respons. 64. num. 1. & 2. & 3. volu. 2.*

Hic tamen nulla adest testatoris dispositio, nec coniectura, ex qua possit coniecturari, velle testatorem maioratum constituere, nec bona in familia conseruari, imo potius contrarium, cum ipsa testatrix fœmina fuerit, & fœminas vocauerit, neque in perpetuum id custodiri iusserit, neque aliæ coniecturæ relatæ per Moli. *in d. cap. quinto* in præsenti concurrunt. Igitur, neque Nos inducere debemus. Et miror aliquando quorundam iudicum, & aduocatorum, qui iam ex quodam improprijssimo verbo, & ex qualibet leuissima suspicione volunt maioratum inducere, & perpetuæ alienationis prohibitionē constituere, maxime circa testatores idiotas & mulieres, quæ neque de hoc cogitauerunt, neque vnquam fortassis meminerunt, cum de iure habeamus dictas præsumptiones in contrarium, vt dictum est.

14 Ex quibus † cum in præsenti deficiant maioratus constitutio, & prohibitio perpetua alienationis, manifeste apparet inter specialiter, & expresse vocatos esse constitutum fideicommissum temporale cum habeat tractum successiuum inter eos tantum, secundum Simon. de Prætis, *de interpretatione vltima. volun. lib. 3. interpretatione 3. dubitatione. 4. solutio. 2. num. 15. versicu. præcipuum. fol. 218.* vbi se remittit ad loca vbi plura exempla proposuit in nostrum propositum conducibilia, vbi fideicommissum inducitur, & facit communis relata per Tiberi. Decia. *respons. 1. num. 251. ad fi. volumi. 1. & num. 267.* & videbis etiam dicta per Pelaez *de maio. 2. par. quæst. 5. per totam*, & sic extinctis vocatis, propinquior patris, aut matris dictæ testatricis erit admittendus, & in eo cessat fideicommissum, *vt per Simon. de Pratis, dict. num. 15.* neque censetur grauatus, cum tantum sit in dispositione positus & non vocatus ex dictis per Nos, *supr. consi. 15. dubio. 3.* Imo, & quoad proximiorem hunc vocatum, etiam si vellemus, sine veri tamē præiudicio, sub eius persona omnes de familia vocari, ita, vt singularitatē in pluritatē reduceremus, cēserentur tunc ab inde vocati de familia per vulgarē vel saltim hic per fideicōmissum, & sic vno adeunte quoties per vulgarem vocantur, respectu cęterorū vocatorū expirasse substitutionē, *secūdū Mol. de primoge. lib. 1. c. 5. n. 27. versi. his tamē, & cōmunē testatur Clarus. ver. testamētū, q. 80. n. 4. & idē Moli.*

li. eod. lib. 1. c. 6. n. 15. & 16. & Abumada in leg. 2. tit. 15. part. 2. gloss. 17. n. 11. & id sine dubio, cum perpetuitas non datur, procedit, prout hic verificatum est non dari: nam † cum testatrix ordine successiuo inter nominatos successionem constituat, fideicommissum inter eos inductum videtur, ex textu *in l. cum ita legatur, §. in fideicommisso, de leg. 2.* vbi primo nominati ad fideicommissum vocantur, & eis extinctis proximiores sui patris, aut matris vocati, vt optime aduertit Paul *in eodem §. in fideicommisso, n. 2. & 3.* relatus & sequutus per Moli. *in d. c. 5. n. 27.* & fideicommissum ex tacita etiam voluntate inducitur, *l. cum proponebatur, de leg. 2. & l. non modo de leg. 1.* & per consequens admittendi erunt in hac clausula primo vocati, & eis extinctis proximior patris aut matris, qui est dictus Antonius nunc possessor, & sic vlteriores non censentur vocati, cum testatrix non amplius progrediatur, *ex d. §. in fideicommisso, ibi, nisi defunctus ad vlteriores voluntatem suam extenderit, vt ibi per Cuma. optime:* diuersum † est enim fideicommissum, vni de familia, vel familiæ relinqui, vel quod fideicommissum ea lege relictum sit, vt bona in familia conseruarentur; qui enim fideicommissum vni familiæ relinquit, id solum efficere contendit, vt proximiores ad huiusmodi fideicommissum admittantur, ita, vt primis succedentib⁹, fideicommissum expiret, relinquens autem ea lege, vt in familia bona conseruentur, id præcipere videtur, vt vnus post aliũ iure fideicommissi succedat, ita vt bona de familia non exeant: esset enim aliter absurdum ex sola simplici vocatione tot fideicõmissa inter illos, qui ex ipsa familia processerint inducere, nisi adesset cõiectura perpetuitatis, quę hic non adest, & substitutio † non est extendenda de vno in alium, nisi expresse dicatur, etiam ex identitate rationis, & ex verisimili mente disponentis, *vt optime per Crauet. consi. 98. n. 13. & Menoch. consi. 97. num. 91. cum duobus sequentibus*, & Burgos de Paz, *dict. consi. 34. num. 13 cum sequentibus*, vbi, *n. 21. inquit*, asserentem † se substitutum id probare debere, & dicentem, de te non loquitur substitutio, habere fundatam intentionem, *ex l. ei qui, ff. de probatio.* Idque vlterius fundatur, nam grauatus † restituere fundum vni de familia, vel de agnatione, eo ipso quod per eum illi restituitur, manet liber deinceps, *ex tex. in l. vnum ex familia, §. sed si fundum, de leg. 2.* vbi omnes notant, maxime Peralta, *n. 20. pag. 597.* expressamque itidem habemus pro hoc regulam, scilicet, quod quando vnus vel plures ad fideicommissum vocati sunt, in persona vltimi vocati bona ipsa libera remanent neque vlterius fideicommisso subiecta sunt, potestq; † vltimo loco vocatus succedens in eis hæredem extraneũ instituere, quod apertissime probat tex. in id præcipuus *in l. qui solidũ, §. prædium, de leg. 2. l. pater filium, §. fundum Titianum, de leg. 3.* & vtrobiq; scribentes *in l. cum pater, §. libertis, in fin. de leg. 2.* notant Bal. Paul. & relati à Burgos de Paz, *consi. 34. n. 35.* & Moli. *lib. 1. de primoge. c. 4. n. 1.* vbi cum sequentibus plura in propositum refert, & facit doctrina Oldradi, *consilio 21. communiter approbati, teste Tiber. Decia. resp. 2. numero 28. volumi. 2.* quod substitutio † facta decendenti sine liberis, expirat eis relictis, neque vlterius progreditur, & faciunt dicta per Nos *supra consilio 15. dubio 3. coniectura 1. in princip.* & enumeratio specierum restringit generalitatem, *leg. cum de lanionis, §. quidem, & §. cui fundum, ff. de fundo inst. leg. legatorum, §. 1. de leg. 2. leg. legata supellectili, vbi scribentes, ff. de supellect. lega.* & sic inquit eleganter Ioan. de Imol. *in leg. si vero, §. de viro, ad fin. ff. solu. matri.* quod consideratio † conseruationis agnationis facta respectu certarum personarum, non omnes agnatos, sed solum eos, qui nominati sunt, comprehendit, cuius dictum sequitur ad id alios referens, Molin. *dicto lib. 1. cap. 4. numero 31. & eodem lib. cap. 5. nume. 37.* vbi *numero 38.* ampliat, vt id procedat etiam si plures substitutiones testator fecerit, & late Tiberi. Decia. *Respons. 1. numero 142. cum pluribus sequentibus, volumin. 2.* & Socin. Iunior. *consilio 155. per totum*, maxime *numero 10. volumin. 2.* ex quo alia decerpes fundamenta, & gloss. *el mas, in princip. leg. 2. titul. 15. partit. 2. colum. 2.* & faciunt dicta per Decia. *Respons. 2. numero 71. volumin. 2.* & hac de causa ex tex. *in authen. de resti. fideicom. § nos igitur*, statuitur & disponitur, quod † quando quis bona sua alienari prohibet ea ratione, vt in familia conseruentur, prohibitio hæc quartum gradum non excedit, quia testator non disposuit in futurum & in perpetuum extendi alienationis prohibitionem, vt communiem testatur Crassus *receptarum sententiarum, §. fideicommissum, quæstione 19. per totam*, neque extensio est facienda de persona ad personam non nominatam, etiam si, vt dictum est, verosimiliter testator id vellet, vt & per Moli. *cap. 4. nu. 3. cum duobus sequent.* quod adeo ampliant aliqui ex DD. prout est Imol. & relati per Mol. *in eodem cap. 4. nu. 31. & 36. & d. c. 5. n. 37. & 38.* & Peralt. *in d. §. in fideicommisso, num. 55. pagin. 187. & gloss. el mas, 9. leg. 2. titul. 15. partit. 2.* & Burgos de Paz, Iunior. *in suis quæstionibus, quæstione 2. numero 50. & 51. & 66.* vt † etiam si inter nominatos relinquatur per viam maioratus non egredietur vlterius, sed potius eis extinctis extinguetur maioratus, & sic vltimo nominatus poterit succedendo disponere de bonis libere, quod à fortiori dicemus procedere, vbi non per viam maioratus sed simplicis fideicommissi relinquitur quia † personales non vero reales sunt tales vocationes, vt dicunt dicti Doctores, & Gamma *decisione Lusitan. 27. numero 7. part. 1. folio. 42.* & quamuis contra Imol. & sequaces esset tenendum, quoties per viam maioratus id fieret: nam tunc in perpetuum durat, nisi † aliter se habeat consuetudo, *secundum Auend. in leg. 27. Tauri, gloss. 1. numero 12. & Pelaez de maiorat. 4. part. quæstione 1. numero 1. & 7. & Molin. dict. capit. 4. numero 30. & 32. & latius dict. capit. 5. numero 37. & 38. & Burgos de Paz in quæstionibus suis, quæstione 2. numero 121. cum sequentibus, & gloss. el mas, columm. 2. leg. 2. titul. 15. partit. 2. & Anton. Gom. pro vtraque parte adducens fundamenta in leg. 40. Tauri, numero 64. & Couarru. libr. 3. variar. capit. 5. nu. 1. & 2.* Et sic vsu totius Hispaniæ receptum videmus in quibuslibet maiorijs, sicut in Regno & Comitatu; posset vero & in maioratu doctrina

L. Imol.

Imol. verificati, scilicet, si omnes agnati deficiebant, & possessor esset vltimus totius familiæ: nam tunc posset disponere de bonis maioratus relinquendo ea suo hæredi, non vt libera sed maioratus, grauando hæredem, vt talia bona maioratus possideat, & seruet vincula & conditiones eius per se & suos successores, tamen cum in præsenti nullus sit constitutus maioratus, vt dictum re vera videtur, verius tenendum fideicommissum hoc & prohibitionem alienationis cessare in hoc vltimo possessore, qui poterit libere de dictis bonis disponere, quomodo & in quem voluerit, neque est recedendum à verbis testatoris, secundum Tiberi. Decia. *Respon. 64. numero 1. & 2. volum. 2.* maxime cum, vt ibi inquit, 27 *numero 22. 23. & 24.* fideicommissum † est onus, *leg. cohæredi, §. cum familiæ, ff. de vulga.* & sic debet restringi ad primum proximiorem vocatum, vt in eo expiret, vt & arguit Deci. *consilio 80. numero 3. & consilio 621. numero 7.* & quia verba prolata ab homine de primo actu intelliguntur, & ideo 28 † si quis substituit proximiores de parentela intelliguntur semel substituti, *secundum Pelaez de maiora. 2. part. quæst. 5. numero 20.* maximaq; † est 29 differentia, quid relinqui familiæ, vt ibidem conferuetur, an vero proximioribus, vt primo casu omnes vocentur, secundo vero non, *vt per Tiber. Deci. dict. resp. 10. nume. 61. cum seq. vol. 3.* maxime cum si aliud in præsenti diceremus, fieret extensio de persona ad personam, quod est odiosum, *l. si quis ita, §. penulti. ff. de testa. tutel. per Ias. in leg. cum tres. 6. notabil. de leg. 1. Deci. consil. 85. colum. 4.* & in 30 † dubio contra fideicommissum est pronuntiandum, vt inquit Rota *decisi. 864. incipit, testator, circa finem, in antiquis,* & Marzari. *consilio 6. numero 2.* vbi *numero 13.* id intelligit in simplici fideicommisso, vt hic, & Tiberi. *Decia. responsf. 1. numero 197. volum. 1. & Pelaez. de maiora. 2. par. quæst. 5. numero 20.* & sic inquit Decia. ipse *in dict. responsf. 64. per totum* & concludit, in fortioribus terminis sub- 31 stitutionem † de proximioribus in numero plurali esse finitam per mortem primi proximioris decedentis sine filiis, & pluralitatem illam in *n. 40.* resoluit, vt in vno tantum verificetur, & idem Decia. late *responsf. 10. per totum libr. 3.* & Simon de Prætis, *vbi sup. versic. ex quibus,* & sic à fortiori in nostro casu, vbi testatrix per numerum singularem loquuta est, ibi, *en el deudo mas propinquo.* Item, quia tunc inducitur fideicommissum ex perpetua alienationis prohibitione, vt & tunc peti possit, quoties alienatio facta est, *vt per Crassum recepta. sententiarum, §. fideicommissum, q. 5. n. 5. & 6. & Menoch. consil. 442. n. 37. vol. 5.* secus vero si non sit facta; quia tunc nullum inducitur fideicommissum, in proximiorib' de familia, sed vni remotiori relinqui potest, secundum Deci. *consi. 218. n. 13. & 14. communis, secundum eundem, consi. 422. num. 7.* vbi *nume. 3.* inquit & tunc extraneum posse possessori succedere ab intestato, & late per Bartolom. Socin. *consil. 227. per totum, & Roland. Valle consi. 84. num. 32. volumi. 1. de quo & per Curt. Iunior. consi. 115. & 116. & Tiberi. Decia. respon. 31. n. 17. vbi nu. 107. hoc declarat & per totum consilium plura dicit.* Neque supradictis obstat consilium 26. Ancharan. de quo per Decia, *in d. resp. 64. n. 25. & d. resp. 10. n. 12. & 76.* consideratum, & iterum *in resp. 100. n. 2. vol. 3.* & per Barba. *consil. 27. scripsit doctissimus, colum. 12. lib. 1.* vbi consuluit, quod si post † mortem instituti 32 testator vocasset duos antiquiores de domo, non tantum ij duo, sed & omnes in infinitum censentur vocati; refert eum Felin. *in Rubric. nume. 12. de maiori. & obedien.* nam vltra hoc, quod contra Anchara. consuluit Craueta *consi. 180. n. 1. versi. secundo respondeo, & in consi. 161. n. 9.* vt inquit Decia. *d. responf. 64. n. 26. & Menoch. consi. 97. n. 19. & 116. & 117.* vltra hoc secundum eundem Decia. ibi, onus in casu Anchar. fuit adiectum fauore piæ causæ. Ex quo apparet mentem testatoris fuisse, quod esset perpetua, vel quando constaret fauore agnationis conseruandæ proximiores de domo esse vocatos, vt inquit Manti. *de coniect. vlti. volun. lib. 6. tit. 15. nu. 11.* & in hoc sensu quando fauore agnationis conseruandæ, est communiter recepta doctrina illa Anchar. *secundum Deci. resp. 41. n. 61. vol. 1. & iterũ in resp. 86. n. 22. vol. 3. & optime per Menoc. consil. 97. nu. 116. cum seq. aliquibus vol. 1.* Vel loquitur Anchar. secundum Menoch. *consil. 85. num. 123. cum seq.* quoties primi duo antiquiores repudiarunt fideicommissum, & dictum consi. sequebantur relati per Menoc. *d. consi. 85. numero 26.* & per Moli. *de primoge. lib. 1. cap. 5. numer. 19.* vbi tandem dicit pro declaratione dicti consilii, videndum esse Aimon *d. consil. 161. num. 9. & consil. 180. per totum,* & bene nam declarat eum optime, & decidit nostrũ casũ, sicut Nos decidimus, & Velasc. *in d. consultatione 82. num. 10.* Respondetur etiam illi consil. Anchar. quod ibi non decidit, ex illis verbis, maioratum constitui, sed tantum fideicommissum, & sic sufficiebat dari consanguineo, non ita propinquiori, sicut dedit iste, de quo est præsens consultatio, & sic male fuit ei ablata; quæ quidem coniectura hic deficit, cum testatrix sit fœmina & fœminam vocauerit, *vt inquit Moli. de primoge. lib. 3. c. 5. num. 50.* Neque perpetuas vocationes fecit. Non etiam obstat quædam consideratio ab vno aduocato proposita, scilicet, ex dispositione l. 27. Tauri, quæ est l. 11. tit. 6. lib. 5. recop. vt ex ea videatur iam, prohibitionem alienationis perpetuam esse, prout ex ea voluit Menes. *in l. voluntas, n. 25. C. de fideicommis.* quod & corroboratur ex alia doctrina Couar. *lib. 3. variar. c. 5. num. 4. versicul. verum Iustiniani,* dum dicit quod iam ex d. l. 27. Tau. prohibita † alienatione filio censetur & prohibita nepoti, in quo 33 de iure ciuili erat in contrarium communis opinio, vt apparet ex Couar. *ibidem* & Menes. *vbi sup. n. 26. & gl. 1. l. 43. tit. 5. par. 5.* & Crassus *receptarũ sententiarum, § fideicom. q. 5. & q. 19. n. 1.* quod † adeo ve- 34 rum erat vt procederet, etiã si adderetur ratio prohibitionis, scilicet, vt bona in familia conseruarẽtur, adhuc tunc vltra quartum gradum non extendebatur, *ex tex. in authen. de resti fideicom. §. nos igitur, not. Molin. de primog. libro primo, capit. 4. numero vndecimo, & 12. & 30.* & id de iure etiã regio procedere asserit Tellus *in d. l. 27. Tau. numero 17.* nisi in perpetuũ prohibitio dictæ alienationis fieret, *secundũ Cras. d. q. 19. numer. 2.* & cum Coua. & Menes. vbi su-

vbi supr. voluit tenere, licet eos non alleget, Matien. *in leg. 11. gloss. fin. tit. 6. lib. 5. recop.* & Molin. *de primogen. lib. 1. c. 5. n. 16.* quoniam † supradicta procedunt & loquuntur, & Doctores supra dicti, dict. l. 27. Tauri, pro sua doctrina allegantes loqui itidem censendum est, vel quoties ex voluntate testatoris colligitur in perpetuum voluisse durare alienationis prohibitionem, prout si per viam maioratus, vel vinculi fieret; tunc enim, quia maioratus & vinculi ea est natura, vt perpetuo duret; & sic realis sit, nimirum si vltra tertiam & quintam generationem & in infinitum dicta alienationis prohibitio intelligatur, vt inquit Couar. relatus & sequutus per Molin. *de primogen. libr. 1. capit. 4. numero 30.* vel quoties tertium & quintum vni ex descendentibus cum vocationibus aliorum descendentium & consanguineorum; & in defectum eorum vocando extraneos fit dicta prohibitio alienationis bonorum pro tertio & quinto meliorationis relictorum, secundum terminos d. l. 27. Tauri. Tunc enim in dubio, nisi aliud sit dictum, perpetua alienationis prohibitio erit, sed vbi non datur hæc voluntas disponentis, vel quod disponendo & meliorando in tertio & quinto, secundum dispositionem & ordinem, dict. leg. 27. Tauri, procedatur, iura ciuilia non remanent correcta, sed in suo esse, & sic † prohibitio alienationis in filios non extenditur ad nepotes, neque prohibitio alienationis, vt bona in familia conseruarentur, egredietur quartam generationem, vt optime inquit, & considerat Moli. *in d. c. 4. n. 29. & 30.* sic intelligens, d. l. 27. Tauri, & voluit nouissime Auen. *in eadem l. 27. Tau gloss. 1. n. 12.* ita, vt iuxta terminos, d. l. 27. Tauri, videlicet † circa meliorationem tertij, & quinti, vni ex descendentibus facta cum vocationibus ibidē expressis, prohibitio alienationis iniuncta perpetua sit, nisi aliud voluisse testatorem vel disponentem colligatur, & in hoc iura ciuilia manent correcta, vel quando per viā maioratus vel vinculi, vt in hoc consilio, dictum est, & tenet Auen. *d. n. 12. gl. el mas, in d. l. 2. tit. 15. par. 2. col. 2.* vbi allegat ad hoc Bald. & Deci. & diximus *in l. 11 tit. 6. n. 56. cum sequentibus, lib. 5. recopil.* Extra vero istos duos casus iura ciuilia manent in suo esse, & sic d. l. 27. Taur. nihil obstat nostro intentui, & sic eam expressius intellexit Pelaez *de maiorat. 4. parte, quæst. 1. n. 7. ad finem*, reprobando Coua. *in d. lib. 3. vari. c. 5. n. 4. versi. verum qui quidem* Cou. & sequaces si bene inspiciatur & aduertantur, eorū verba idem voluerunt, cū loquantur in terminis, d. l. 27. Taur. vel quando per viam vinculi aut maioratus fit dicta melioratio tertij, & pro ijs faciūt dicta per Anto. Gom. *to. 1. varia. c. 5. n. 42.* Quod adeo verum esse credo, quod si † testator prohibeat alienationē in tertio & quinto meliorationis, & insuper in legitima meliorati, quam legitimā cum ipso tertio & quinto iussit ei dari, cū dicto onere, nihil valebit prohibitio in legitima, neque in tertio & quinto, cum tūc testator excesserit modū d. l. 27. Taur. & per leg. 11. titul. 4. part. 6. id expresse sit prohibitum fieri, *secundum Molin. vbi supra, libr. 2. cap. 1 numero 36. vbi ad hoc allegat Peral. & Gre. Lopez. in dict. leg. partita, verbo, no empece, & Angel. in leg. 11. tit. 6. gloss. 3. numero 3. in fin. libr. 5. recop. & Auenda. dict. leg. 27. Taur. gloss. 1. numero 10. & retulimus in leg. 11. titul. 6. numero 57. libr. 5. recop.* Neque obstant dicta per Suarez & eius additio. *in leg. quoniam in prioribus, 10. ampliatione, numero 48. pagin. 49. ipsius additionatoris*, quia non loquitur in nostro casu, quando, scilicet, in tertio & quinto, sicut in legitima, onus apponitur, sed solum in legitima; imo, etsi oneratus filius consentiat, non licet ordinem nostræ leg. peruertere, vt diximus *in dic. leg. 11. numero 43.* Infero etiam ex dictis, quod cum testatrix hæc in præsenti non disposuerit inter descendentes suos, neque apposuerit causam prohibitionis alienandi bona, neque per viam vinculi & maioratus, neque per dictionem aliquam perpetuitatem denotantem, quod non est perpetua hæc prohibitio, neque realis, sed personalis, *ex dictis per Moli. dict. lib. 1. capit. 4. num. 30. in fin. & numero 36. clarius*, imo non valet dicta prohibitio, vt in hoc consilio remanet dictum, & per consequens, dicta leg. 27. Tau. quæ est 11. titul. 6. libr. 5. recopil. vbi credo me idem tenuisse, quod hic, *in numero 17. & 56. cum sequent.* & Auend. *in dict. leg. 27. Tau. gloss. 1. numero* 10. vbi distinguit, nihil obstat nostræ opinioni. Neque itidem obstabit opinio gloss. 1. *in fin. & eiusdem gloss. verbo. el mas propinquo, in prin. leg. 2. titul. 15. part. 2.* quærentis, an † si pater instituat filium, & disponat, quod si ipse & eius descendentes decesserint sine filiis, bona veniant in filium secundum, censeatur facta maioria, & inquit quod ex quo filii filiorum sunt grauati videantur & vocati & honorati: nam vltra hoc quod ibidem loquitur in dispositione circa filios & descendentes disponentis facta, intramus quæstionē illam difficillimam an † positi in conditione censeantur grauati? in qua cōmuniorē dicit Ias. *in l. centurio, n. 56. ff. de vulgari* quod non censentur grauati, & alibi late dixim⁹, sup & sic quod proximior vocatus ab ista testatrice, nō censeatur grauatus, sed in eo expiret substitutio, & succedat eius proximior ab intestato, vel ille cui ipse dicta bona legauerit, reliquerit, vel donaverit, & sic cessat dictū fundamentum prout in simili optime fundans, respondit Deci. *consilio 218. numero 6. cum seq. & iterum con. 422. numero 1. cum seq.* præsertim cum hic nullum de perpetuitate, aut maioria adsit: aliter enim esset corrigere totam iuris materiam distinguentis fideicommissa temporalia à perpetuis, & iam non adesset fideicommissum temporale. Non obstant vltimo verba illa in fine dictæ clausulæ per testatricem apposita, ibi, *y successiuamente, suceda, &c.* nam † verbum illud, *successiuamente*, refertur ad præcedentes personas nominatas, prout inquit referri in simili casu, Simon de Prætis *de interpreta. vlti. volun. 3. interpretatione, dubitatione 1. solut. 9. numero 13. & 14. pag. 137.* vt sit sensus, quod inter nominatos successiue procedatur, & ordine successiuo vnus post alium succedat in dictis bonis, vsque dum deueniatur ad vltimum vocatum, scilicet, proximiorem sui patris vel matris, qui nunc est dictus Antonius, nunc vltimus

mus poſſeſſor nominatorum & vocatorum in dicta clauſula, prout in ſimili inquit & aduertit Abb *conſi.85.n.5.vol.1.* vt tunc eo ſuccedente expiret ſubſtitutio, vt dictum eſt, cum nullum verbũ maioratum conſtituens adſit, neque fideicommiſſum, ac vocationes in perpetuum inducens, vt aduertit Simon de Pratis, *vbi ſup.num.6.* neque verbum, proximiores, in plurali, proximior vocatus ſit: & quantuncunque quis vellet dicere, quod verbum illud ſingularis numeri, *en el deudo mas propinquo*, in pluralem numerum eſſet conuertendũ & extendendũ, vt ſic proximiores ſucceſſiue cenſerentur vocati, & quantuncunque vellemus dicere, verbum, *proximiores*, eſſe collectiuum, quod abhorret Tiberi. Decia. *dict. reſp.64. volu.2. & reſp.10. volu.3. ſup. allegatis*, nihilominus cum tunc, ſecundũ cum, ibi, & Moli. & Clarum. ſupr. per me allegatos, per ſubſtitutionem vulgarem ſuccedat propinquior, eo ſuccedente circa alios expirauit ſubſtitutio, & per conſequens ceſſat hæc obiectio noſtrę opinioni, & remanet ſatis fundata & declarata hæc pars donatarij, & miror quam faciliter per aliquos conſtituatur & iudicetur conſtitutus maioratus ex quibuslibet verbis teſtatorum, & fideicommiſſa perpetua, cum nihil de maioratu teſtator nedum dixerit, verũ neque ſenſerit, neq; de perpetuitate mentionẽ fecerit, & quam breuiter & ſub nube hæc conſiderentur in aliquibus tribunalibus, & breuius determinentur, cum magna & matura conſideratione & ſtudio maximo, & continuo conſideranda forent, & an prohibitio alienationis facta hæredi, comprehendat hæredem hæredis, vide Meneſ. *in l. voluntas, C. de fideicom. n.20. cum quatuor ſequentib.* vbi limitat & declarat, & Tiber. Decia. *reſponſ.31. vol. 1. num. 12.* vbi, *numero 162.* cum aliquibus ſequentibus, hæc declarat.

CONSILIVM XIX.

Teſtes de facto proprio & in eorũ commodũ reducibili deponentes, an probent, & alia in materiam ſententiæ notoriam nullitatem continentis.

SVMMARIA.

1 *Teſtis ex dicto ſuo intereſſe reportaturus nullam fidem facit. & n. 4.*
2 *Teſtes etiam duo deponentes de facto proprio ex quo ſunt commodum reportaturi, non probant.*
3 *Teſtis quando dicatur in facto proprio deponere, & n. 5. Quid de eo qui fuit conſuetus merces portare.*
6 *Teſti deponenti in cauſa in qua ſi ab eo dictum verum non eſſet infamiam reportaret, non probat.*
7 *Fideiuſſor non poteſt eſſe teſtis in cauſa ſui principalis.*
8 *Venditor pro emptore circa rem à ſe venditam teſtis eſſe non poteſt.*
9 *Iudex à quo an & ad quod poſſit eſſe iudex in gradu appellationis.*
10 *Aduocatus an poſſit eſſe iudex in cauſa ſui clientuli.*
11 *Socio itineris non datur fides teſtificanti pro iniuria ſocio in itinere facta.*
12 *Teſtis conſanguineus an probet*
13 *Teſtis diſponens contra id quod pars eum præſentans aſſerit non ſolum non probat, verum & poteſt puniri. & n. 14. Quod adeo verum eſt, quod non poſſunt ad concordiam reduci.*
15 *Regula quod in maiori ſumma ineſt minor limitat in teſtibus, & ibidem, quod teſtes reducti ad concordiã, licet de falſo non puniantur, tamen non probant.*
16 *Teſtis alternatiue deponens non probat.*
17 *Teſtis non plane narrans factum, non probat.*
18 *Teſtis plures obiectus patiens etiam in ſubſidium non debet admitti, Neque fidem facit, ibidem.*
19 *Notoria iniuſtitia illa dicitur quæ reſultat ex actis proceſſus ad quem acta ſententia ipſius ſe referunt.*
20 *Nullitas notoria iniuſtitia quocunq; tempore allegari poteſt, & n. 21. Etiam ſi iudex ad quem pronunciet male appellatum.*
22 *Sententia continens manifeſtam iniquitatem & iniuſtitiam ex actis apparentem, eſt ipſo iure nulla, quamuis ſit contra ius litigatoris.*
23 *Nullitas notoria poteſt contra tres ſententias conformes allegari.*
24 *Regula quod probationes ſint arbitrariæ, declaratur.*
25 *Iudex pleniorem & digniorem tenetur probationem eligere.*
26 *Arbitrium eſt à iudice regulandum ſecundum ius.*
27 *Veritas debet apparere ex actis proceſſus, vt iudicetur pro ea.*

CONtra quendam mercatorem fuerunt prolatæ duæ ſententiæ, quibus quidẽ fuit condemnatus ſoluere cuidam negotiatori certam ſummã nummorum pro mercantiis quibuſdam, quas mercantias dicebat miſiſſe cum quodã nuntio & portatore earum, & intentionem ſuam ſolum fundabat cum illius dicto, qui dicebat eas attuliſſe cum alio iuuene conſanguineo iſtius petitoris; mercator autem negabat ſibi allatas fuiſſe & traditas dictas mercantias, & cum ad me veniſſet mercator hic, vt eum à dictis ſententiis iniuſtis liberarem, ſi aliquo iuridico remedio poſſem, egi de nullitate dictarum ſententiarum, pro manifeſta iniuſtitia in eis contenta, & ex actis proceſſus reſultante, & id ſequentibus mediis fundaui, quibus quidem dictæ ſententiæ fuerunt pro nullis declaratæ, & liber dictus mercator ab impetitis per aduerſarium ſuum. Et quoniam pro iuſtificatione dictarum nullitatũ principale fundamentũ conſiſtit in oſtendendo nullã adfuiſſe probationem, qua quidem dictæ ſententię iuſtificari poſſent, id ex ſequentibus oſtendi.

Primo, quod teſtis ille, in cuius dicto pars actoris fundatur, & omne ſuum conſtituit fundamentum, ille, ſcilicet, teſtis qui aſſerit ſe recepiſſe à dicto actore merces illas portandas dicto mercatori reo & in iudicio conuento, aſſerit inquam, teſtis hic, merces illas ipſi mercatori tradidiſſe, qui quidem teſtis nullam fidem facit nam cum mercator neget traditione dictarum mercium, neceſſario tenetur teſtis ipſe de dictis mercibus rationem reddere actori huic, à quo teſtis fatetur eas recepiſſe, & ſoluere eas, & tanquam teſtis † intereſſe ex hoc 1 prætendens nullam fidem facit, ex ſingulari & quotidie in ſcholis allegata doctrina Bartoli *in leg.*

deferre

deferre.ff. de iure fisci,ita tenentis, quem sequuntur Doctores,in pluribus locis, & præsertim in allegatis per additio. Barto. *ibidem in litera O.* & Alexand.*consil 44.numer.9.libr.2.& 107.num. 3.eod. lib.* & Octauia. Cacheranus alios allegans *in decisione Pedem.79.num.39.& 40.*& Burg.de Paz.*consi. 11.n. 16.*& vere non esse qui ab hoc dissentiat affirmat Menoc.*de arbitra. iudi. lib. 2. centuria prima, casu 99. nu. 6.*& communiter hanc doctrinam esse receptam testatur Fran. Viuius *in suis communibus opinionibus,verbo,testi deponenti,pro sui exoneratione*,& est inter communes DD.opiniones,*libr.18. verb.testes*

2 & hanc sequitur † etiamsi ii essent duo testes de facto proprio in eorum commodo reducibili,*Deci.consil.94.& Guido Papa consi.74.num 15. Roma.sing. 360.volo probare, & in aliis pluribus quam duobus testib. sequitur etiam Corneus consi.23.nu.27.volum.2. Parisius consi 19.num.20.vol.2.Curt.de testibus,nu.81.*& sic inquit Tiraq.*de retract.ligna.tit.1.§.1.gloss.14. numer.51.* quod licet testis de facto proprio deponens aliquam fidem faciat,& sic semiplene probet, non tamen aliquid probabit,si commodum,aut incōmodum,laus,vel opprobrium,ei ex dicto suo obuenire posset, prout & inquiunt dicti Doctores, & Alex.*consi.86.nu.16.lib.2.*& Mascar.*late 3.tom. de probatio.conclu.1358.per totam* quem post hæc vidi. Et ratio dictæ communis doctrinæ ea est, scilicet, quod si testis iste non tradidit dictas mercantias dicto mercatori,ipse testis non esset liberatus,sed remaneret obligatus,& sic in fauorem,& cōmodum suum,& in facto suo proprio deponit: om-

3 nis enim † dicitur in facto suo proprio deponere, quādo ex sua dispositione potest sentire commodū,aut incommodum,*secundum Guido. d.consi.74.n.*

4 *15.& Roma.d.sing.360.*& in † facto suo & pro se nemo potest testificari,*ex l.omnibus, C. de testibus, & ff. eod.titu.l.nullus,& cap. si testes, versiculo, nullus,4.q.3. & c.1.& 2.24.q.4.l.18. titu. 16. par. 3.* causa est enim illius ad quem pertinet emolumentum,vel damnum,*l.1.§.in propria, ff. quando appellan.sit. notat gloss.*

5 *1.in dicta l.omnibus*,Et hoc † indistincte verum est, siue iste talis testis esset consuetus portare merces illas siue non,quia in vtroque casu res sua agitur, quicquid aliud velit sic distinguendo tenere Ferrara,*in practica,in forma opposi.contra testes, in gloss. in facto eorum,in fin.*qui omnino est reiiciendus in sua distinctione, quoniam loquitur expresse contra dictam communem, & generalem doctrinam supra relatam, neque vlla differentiæ ratio congrua assignari potest,neque vllo iure fundatur, & sic illum iure optimo reprobat Guido Papæ *singulari.922.testes deponentes eodem sermone, versiculo, limitationem ad dictum Bart.*

6 Ex quibus infertur quod † testi in causa deponenti,ex qua si id quod ait verum non est,eius infamia subsequeretur, standum non est eius dicto, *ex l.7.titul. 33. partit. 7. ibi, ò de recebir desbonra, porque fin caria infado,& notant Ioan.Andr. & relati per Burgos de Paz,dicto consilio vndecimo, numero decimo sexto.*

7 Secundo infertur,quod † si fideiussor non potest esse testis in causa principalis tangente fideiussorem,secundum gloss.alios referentem *in l.18. verbo,de su hijo,tit.decimo octauo, partit.* 3. vbi id ampliat procedere,etiam si principalis esset soluēdo, propter affectionem, quam fideiussor ad causam habet,& hanc ibi testatur communem opinionem: ergo.Tertio infertur,quod † vēditor non potest pro emptore circa rem à se venditā esse testis,propter euictionem ei attinentem,ex textu *in l.19.tit. 16.part. 3.* vbi gloss.id ampliat,etiam si de euictione non teneretur venditor,secundum gloss *in l.omnibus,C.de testibus*,quam ibi, Cynus & alii approbant,*teste gloss.tenudo,in d.l.19.*ex eo quod verisimile est venditorem habere affectionem, vt non retractetur venditio,& idem sequitur Guido Papę *d.consil. 74.numer.12.* neque id per d.l.19.censetur corrigi per argumentum à contrario sensu, cum non sit tale argumentum sumendū ad correctionem communis opinionis dictæ gloss.l. omnibus, sed quia & de iure communi aderat alia gloss. *in l. nullus,ff.de testibus*,dicens quod si venditor non tenebatur de euictione, poterat esse testis pro emptore, quam & communiter approbatā testatur Oria.*de testibus,num. 89. secundum Villal.in suo erario mille com.opin.lite.T.n.114.*ideo ex d.l.19.secundum gloss.ibi & Villalobos *vbi su.*videtur tenenda hæc vltima opinio glossæ dict.leg.nullus, licet & tunc diminuetur fides venditori,quamuis ex toto non repellatur,quoties de euictione non tenetur. Sic

8

9 & † propter affectionem, quam habet iudex in causa coram eo agitata, & per eum determinata, neq; in causa appellationis quoad merita causæ poterit esse iudex, licet quoad processum sic, vel ad declarandum animum suum,*ex d.l.19.*& communem testatur Curti. Iunior.*consil.126.n. 7.* relatus per Villalo.*vbi su.nu.105.*vbi *nu.106.*idem dicit

10 quod † aduocatum causæ alicuius pro clientulo suo,post præstitum patrocinium, & probatur

11 *ex l.20.tit.16.par.3.* Sic & socio † itineris non datur fides pro iniuria eius socio in illo itinere facta, prout alibi diximus. Quod si in iis res ita se habet, à fortiori in nostro casu procedet, vbi testis hic tenetur reddere rationem de dictis mercibus, quādoquidem reus contra quem deponit, negat eas recepisse merces, præsertim cum & vltra hoc, vt ex infra dicendis apparebit, testis remanet singularis & solus in suo dicto,& sic nullam facit fidem.

12 Secundo,quia alter testis pro parte dicti actoris super iis examinatus est consanguineus intra quartum gradum,eiusdem actoris propter quod non est idoneus testis,*ex l. parentes, & eius materia, C.de testibus,l.11.titul.16.partit.3.*nisi secundum glo. *ibi* constaret in actis voluntarie dixisse testimonium,quod tamen hic non constat,& sic non potest esse testis pro consanguineo itidemq; iste testis est singularis:differt enim à dicto primo teste in hoc quod dictus primus testis asserit,duas tantum sarcinas mertium dictarum attulisse, iste vero secundus testis,inquit esse tres, & cum ex processu constet, aliis pluribus vicibus earundem mertium plures esse sarcinas allatas, istas tres dicti secundi testis alias esse, quam eas de quibus deposuit primus testis, præsertim cum actor asserat,tantum fuisse duas eas de quibus nunc agi-

13 mus, & † testes deponentes contra id quod pars

L 3 cum

eum præsentans asserit, non solum non facit fidem, verum & potest puniri, *ex Imol. in c. fraternitatis, de hereti. Deci. consi. 105. colum. versic. similiter testis,* 14 adeo † vt non possint ad concordiam reduci, *Deci. in l. creditum, colum. 2. ff. si certi petat. Aimon, consil. 171. numer. 10. Verallus in decisionibus Rota 283. numer. 6. & 7. 3. part. fol. 79.* Neque obstat, quod cum in tribus sarcinis duæ contineantur, & sic cum in maiori summa insit minor, quod testes ii duo sunt con- 15 cordes in iis duabus, quoniam † dicta regula non procedit in dictis testium, *secundum Alciat. in l. 1. §. si stipulanti, num. 40 ff. de ver. oblig. & Iafredus decision. 151 communem dicit teste Villalobos, in d. litera T. nu. 197.* & sic sunt singulares testes, *vt optime inquit Alciat. vbi su. num. 4.* Item, quia licet testes reducantur ad concordiam, quod hic fieri non potest, hoc solũ est, vt tanquam falsarii non puniantur, non vero vt probentur, *secundum Bar. in l. inter stipulantem, §. 1. numero 6. ff. de verbor. oblig. & iterum in l. 1. num. 18. C. de vsufruct. & additio. Bart. in l. quoties, numero 5. C. de nauf. lib. 11. & Bar. & DD. in l. 2. §. creditum, ff. si cer. peta.* Et sic cessat obiectio & testis hic nullã facit fidem, maxime cum deponat dubie & alternatiue, dicendo quod dictæ tres sarcinæ erant de pellibus ouium, aut caprarum, vaccarum, aut boum, vel arie- 16 tum, & testis † alternatiue deponens non probat *secundum tex. in l. vbi autem, §. qui illud, ff. de ver. oblig. Alex. consil. 82. in prin. volu. 4.* & ratio est, quia ambigue & dubitatiue deponit, & ideo dixit idem Alex. *consi. 152. col. 1. vol. 1.* quod testis ambigue & incerte deponens non probat, sequitur Roland. 17 Valle, *consi. 35. n. 23. vol. 1.* dictum † enim testis non plene narrans factum non probat & reprobatur, *secundum glo. in l. Lucius, ff. de his qui notant. infami. Bal. in c. 1. col. 2. si de inuestitu. & in l. cum antiquitas col. fin. C. de testam. & in l. 2. de donatio. inter virum, & vxorem, Ias. in l. fin. C. de bono posse. secundum tabu. col. fin. Cornem, consi. 309. vol. 4.* Neque itidem iste secundus testis non exprimit, an pelles contentæ in tribus illis sarcinis, de quibus deponit, essent animalium nouorum, aut veterum, vt pretia eorum distinguerentur: differens enim pretium dandum erat pro veteribus, quam pro nouis: Ex quibus manifeste sequitur, nullam fidem hunc testem, sicut 18 neque primum facere, præsertim † cum tot obiectus patiatur, quo casu etiam in subsidium non erat admittendus, neque fidem faceret, *secundum Hipoly. sing. 378. & 385. & pulchre Craue. consil. 6. nu. 55. & 57. vol. 1. Paris. consil. 2. num. 85. lib. 4. Gramma. consil. 35. n. 34. Roland. Valle, consil. 24. nu. 61. vol. 1. Auenda. Respons. 31. n. 7. ad fin. versic. tertio tempera.*

Ex quibus elicitur nullam adfuisse penitus probationem ad condemnandum dictum reum mercatorem, & deficiente probatione, apertissime constat de notoria iniustitia dictarum senten- 19 tiarum: nã † talis dicitur illa, quæ ex actis processus resultat, ad quæ acta sententiæ ipsa se referunt, *secundum Alexand. consil. 59. nu. 8. vol. 4. & alios plures quos allegauimus in l. 2. titul. 17. lib. 4. recopi. nu. 34.* quę 20 quidem † nullitas notoriæ iniustitiæ quocunque tempore allegari potest, *secundum Bar. & relatos per Auen. resp. 26. nu. 8. & de supplicatione mille & quingen. dupla n. 4. & 5. Die. Perez, & alios per nos relatos in d. l. 2. n. 30. & eundem Auend. de primo & secundo decreto, n. 16. ad finem.* Potestque principaliter nullitas intentari, quantumuis † iudex ad quem pronun- 21 tiet male appellatum, vt cõmunem testatur Coua. *in pract. c. 24. n. fi. in prin.* & Vanti. *de nulli. titul. de null. sententia, à quo & qui mod. numero 38. cum sequ.* & cum adsit communis doctrina scribentium teste Oro. *in l. ius pluribus, num. 11. & 12. col. 85. ff. de iusti. & iur. & in l. si feriatis, col. 711. ff. de feriis,* quod † senten- 22 tentia continens manifestam iniquitatem & iniustitiam ex actis apparentem, est ipso iure nulla, quamuis contra ius litigatoris data sit, & † potest 23 hæc nullitas allegari etiam contra tres sententias conformes, *secundum Felin. in c. de cætero. n. 4. de re iu. communis secundum Coua. in pra. ca. 25. n. 2. & Mexi. in l. de Toledo, ad secundum partis primæ fundamentum, nu. 26. 27. 52. & 54.* & optime Celsus, *consi. 87. n. 3. & 4.* vbi *n. fi.* inquit, secundam sententiam confirmantem primam iniquam, eandem iniquitatem continere, *vt & per Rolan. Valle, consi. 41. num. 20. volum. 1.* sicque iuridice & iuste dictæ sententiæ veniunt infirmandæ, & pro libero dictus Mercator reus declarandus, prout in effectu ex dictis factum fuit.

Neque supradictis obstat assertio aduersæ partis dicentis, probationes esse arbitrarias, & sic pro libito posse iudicare: id † enim sic absolute 24 dictũ falsissimum est: aliter. n. neq; iura essent necessaria, neque executores earum literatos, & sic inscius sicut & sapiens posset iudicare & determinare causas, quæ à magis communiter accidentibus probationibus consistunt, & ex probationib. veritas earum est attendenda: item, tunc demum probationes sunt arbitrariæ, quoties hinc inde inuicem sunt contrariæ; tunc enim in arbitrio iudicis est, quam velit eligere probationem, si æquales sint, sicque intelligo exemplificationem de probationibus testium factam quoad ius litigatoris *in l. 1. §. item cum contra sacras, ff. quæ sententia sine appella. rescind.* aliter † enim pleniorem & di- 25 gniorem eligere tenentur, *vt optime per Menoch. de arbit. iudi. lib. 2. centuria. 1. casu 90. Bal. in ca. super hoc de renuntiatione, Corset. singulariter, verbo, testis, in princ. duo testes qui sunt, in fine,* imo † licet probationes sint 26 arbitrariæ, debet iudex hoc arbitrium regulare secundum ius, *vt per Pinel. in l. 2. C. de rescin. vendi. cap. fin. n. fin.* & debet etiam respicere partes rei, & an testes aliqui sint suspecti, prout hic nam tunc eorum dicta sunt diligenter perscrutanda, & cauillanda, *secundum Bal. in. l. 1. §. editiones, ff. de edendo,* alias datur manifesta iniquitas, & iniustitia, & sententia est ipso iure nulla, quamuis cõtra ius litigatoris, vt supra diximus *n. 22.* Neque itidem obstat quod *secundum l. 10. tit. 17. lib. 4. recop.* debet procedi veritate inspecta: nam, vt ibi diximus, veritas † 27 hęc debet esse probata in processu: aliter enim de veritate non potest dici constare, vt ibidem probatur expresse, & nos late sumus ibidem prosequuti, quæ quidem veritas cum in præsen. non sit probata iuste dictæ sententiæ fuerunt annullatæ & tanquam nullę infirmatæ & reus fuit ab impetitis absolutus.

CON-

CONSILIVM XX.

Capellanus adstrictus pro missis dicēdis, an ad id personaliter teneatur, & tunc capellania dicatur incompatibilis cū beneficio curato.

SVMMARIVM.

1 *Beneficia duo vel tria, an & quando quis possit simul obtinere. n. 1.*
2 *Congrua sustentatio ex quibus sit consideranda, & taxanda. n. 2.*
3 *Congrua sustentatio vt bene consideretur, debent ex beneficio deduci expensæ, onera & eius subsidia. nu. 3.*
4 *Beneficia quæ dicantur personalem residentiam requirere. n. 4.*
5 *Beneficia simplicia prout capellaniæ extra Ecclesias cathedrales, vel collegiatas non requirunt personalem residentiam. num. 5.*
6 *Consuetudo generalis refertur, ex qua capellaniæ non obligant ad residentiam. num. 6. & quid quoad alia tenuia beneficia, ibi.*
7 *Consuetudo obtinendi plura beneficia tenuia etiamsi sint curata valet. n. 7.*
8 *Consuetudo seruiendi per substitutum valet etiam stante Concil. Trid. n. 8.*
9 *Consuetudo seruiendi per substitutum valet etiamsi testator fundans capellaniam dicat, quod conferatur vni qui quotidie missam celebret n. 9.*
10 *Consuetudo omnes fere actus humanos interpretatur.*
11 *Consuetudo vt inducatur quod tempus requiratur.*
12 *Lambertinus refertur, dicens, se obtinuisse 37. beneficia patronatus.*
13 *Testatores semper videntur se velle conformare cum consuetudine patria.*
14 *Capellaniam obtinens non potest cogi vt ipsemet celebret, licet aliud in eius fundatione requiratur, & refertur declaratio Cardinalium.*

EX parte secularis patroni cuiusdam capellaniæ, capellano eius fuit obiectum, & coram Episcopo, & eius vicario illius episcopatus petitum, quod cum cappellanus ipse ex fundatione ipsius capellaniæ esset adstrictus personaliter in ea residere & missas eius celebrare, id non faciebat neque facere poterat, eo quod in eodem populo beneficium curatum obtinebat, & quod sic capellania erat alteri prouidenda, qui eam personaliter seruiret, maxime cum esset incompatilis cū beneficio curato, quod obtinebat, quod erat maximi honoris & commodi, & contra dispositionem Concil. Trid. beneficium & capellaniam obtinebat. Capellanus vero ipse contrarium totum asserebat, scilicet, quod capellania tanquam beneficium simplex non requirebat residentiam neque personalitatem, & casu quo requireret, ex consuetudine illius episcopatus poterat per substitutum seruiri, & non erat incompatibilis cum beneficio curato, quod erat tenue & parui valoris: & lite discussa fuit in prima instantia, in fauorem d. capellani, & contra patronum pronunciatum, in secunda vero per Metropolitanum fuit hæc sententia reuocata, & contra cappellanum determinatum, in tertia vero & vlterioribus instantiis me patrocinante pro ipso capellano fuit sententia Metropolitani reuocata & confirmata prima in fauorem d. capellani ex sequentibus.

Primo, quia non est improbatum à iure, sed potius permissum, obtinere † duo & tria beneficia, etiam si vnum eorum sit curatum, quando omnia hæc sunt necessaria pro congrua sustentatione ea possidentis, *secundum glos. in c. dudum, 2. de elec. & in sum 21 q. 1. Inn. in c. cum iamdudum de preben. Lamb. de iur. patr. 15. art. 7. quæstionis princip. 1. par. 2. lib. numero quarto, fol. 57.* & probatur ex decreto Concilii Tridentini. 17. *sessionis* 24. *de reformatione*, quæ allegat Ojeda *de benefic. incompati. 1. part. capit. 17. numero trigesimo octauo, & melius in 2. par. capitulo quinto per totum.* Hic tamen sufficienter est probatum, beneficium curatum dicti capellani & capellanias esse tenuia & insufficientia pro sustentatione, maxime attenta qualitate d. capellani, quod † quidem iudex arbitrari debet ex rerum, personarum & locorum varietate, & carestiis temporum, & oneribus beneficiorum attentis, *secundum Dominicum, consilio. 34. colum. pen. Ripam in cap. ad aures, numero secundo, de rescrip. Tiraq. in leg. si vnquam, verbo omnia, numero 31. Meno. de arbit. lib. 2. centu. 3. casu 216. & optime Ojeda in d. 2. p. c. 5. arg. tex. in l. 1. in fin. ff. de iure delibe. & in cap. de causis, de officio delega.* maxime si † deducuntur expensæ onera, & subsidia dicti beneficii & capellaniæ, prout deducenda sunt ex dictis per Nos *in leg. 2. numero 16. & 17. titulo 1. libro secundo, recopila.* ita vt clarissimum sit congruam sustentationem nō habere dictum capellanum, & per consequens dictum curatum & capellaniam obtinere posse.

Secundo, quoniam † illa beneficia dicūtur requirere residentiam personalem, quæ ex statuto consuetudine, aut priuilegio illam requirūt, *iuxta doctrinam Innocen. in cap. clericus, de cleri. non resi. quem sequitur Syluester in summa, verbo, residentia, & probatur ex tex. in cap. 2. sess. 6. de refor. Conci. Triden.* de iure tamen hodie † simplicia beneficia, prout est capellania citra Ecclesias cathredrales vel collegiatas non requirunt residentiam, *ex tex. in capit. gratia, de rescript. in 6. & in clemen. gratia, eodem tit. Innocen. in dicto capi. cum iam dudum, de electio. & Lamber. vbi sup. numer. 4. & Ojeda vbi supra, 1. p. cap. 17. numero 26.* & itidem consuetudine generali idem est obseruatum, vt testatur Boer. *consil. 16. numero 7. ex glos. in capit. cum omnes, de constitutio. & ibi Doctores per text. ibi, & gloss. in dicto cap. dudum. 2. de electio. tenent Hostien. Ioannes Andr. & Anton. de Butrio in capit. ex parte, de concessio. prabend. Abb. in cap. tua, in fine, de cleric. non residen. & in cap. licet, infra, de prabend. Anton. & Imola in cap. ex tua, de cleri. non residen. Lapus allegatio. trigesima quinta, Selua de beneficio, 4. par. quæst. 2. per totam,* vbi omnes inquiunt validam esse talem consuetudinem, *& Oieda vbi sup. 2. pag. cap. 1. numero 21.* Adeo † vt etiam si de iure talia beneficia simplicia requirerent residentiā, si sunt tenuia, ex dicta cōsuetudine derogatur onus residēdi personaliter in eis, prout in processu est probatū & te-

nes

net Lamber. *vbi sup. n. 19. & 20.* & Ojeda *in d. tractatu de benefic. compa. 1. p. c. 17 num. 38 & c. 15. 1. p. tractatu di- uer. doctor. & Selua in tractat. de benefi. 4. p. quæst. 6. nu-* 7 *mer. 1. versi. tertius casus est*, etiamsi † talia beneficia tenuia essent curata, valeret consuetudo obtinédi plura eorum, secundum Oiedam *vbi sup. 2. parte, cap. 11. numero duodecimo*, vbi *in num. 13.* quod tempus requiratur ad inducendam hanc consuetudinem, & sic cum causa potest induci hæc cósuetudo in curatis, vt per Ojedam *vbi su. 1. par. ca. 17. num. 22. & latius in eadem 1. p. 13. num. 32. versi. in hac tamen*, vbi sic concordat opiniones per eum ibi relatas, *num. 25. cum sequentib.* Quæ adeo vera sunt, & pro- 8 cedunt, quod † etiam stante dispositione Conci. Trid. c. 17. sess. 24. de refor. valeat talis consuetudo seruiendi per substitutum. *secun. Nau. in Manu. Lati. c. 25. n. 127. optime Cene. in collect. iur. 2. p. c. 150. num. 1.* Oje. *vbi supra 2. p. c. 1. num. 24. cum seq.* & itidem voluit *in 1. p. c. 17. nume. 24. & 26.* vbi inquit, non valere consuetudinem, ne per substitutum seruia- 9 tur: imo & † quod plus videtur, quod etiamsi testator in fundatione capellaniç dicat, & disponat, quod cóferatur vni, qui ibi quoditie missam celebret in capella, vel alio in loco, adhuc tunc consuetudine effici potest, vt per substitutum deseruiatur, *secundum Seluam in dicta 4. par. quæst. 2. num. 3. Hojedam plures allegantem vbi sup. 2. par. cap. 1. num. 2. &* 10 *21.* Et quia † consuetudo omnes fere humanos actus interpretatur, & in eis attenditur, vt probatur *in leg. si fundus. ff. de euictioni.* & per Hojedam *vbi sup. 2. part. capi. 8. num. 13. fol. 175.* vt allegat Anton. Gab. *in suis communibus opinionib. tit. de consuetudine, conclus. 1. & 2.* plura accumulantem, *& num. 14. dicto cap. 8.* ampliat hoc ipse Hojeda, vt procedat etiam si talis consuetudo præscripta non sit, sed per aliquos actus obseruata, vbi *in cap. 11. num. 13.* inquit, 11 veriorem † esse opinionem iudicis arbitrio relinqui quod tempus sit necessarium ad indulgentiá ad inducendum consuetudinem: in processu tamen nostro non solum in hac capellania, verum & in aliis communiter habentibus dictá clausulam, quod ibi quotidie per capellanum in tali loco missa celebretur, probatum est, esse consuetudinem seruiendi per substitutum, & ad hoc feci quamplures dispositiones capellaniarum hæc dicentes, & in eis sicut in aliis omnibus probata fuit dicta consuetudo, & præsertim, vbi tenues erant, 12 quo † casu inquit Lamber, *vbi sup. num. 20.* quod ipse obtinebat 37. beneficia patronatus. Ergo iuste fuerunt dictę sententiæ latę in fauorem huius capellani, reuocando secundam sententiam Salmáticæ per Metropolitanum latam in gradu appellationis: fuit enim in prima instantia lis cæpta in episcopatu Cauriensi, vbi litigantes morabantur, & in quo erat sita capellania, & executoria lata super hoc fuit & executa: quoniam † testatores semper videntur se velle conformare cum patriæ cósuetudine, *vt per Manti. de coniec. vlt. vo. ti. 6. li. 6. n. 2. & seq.* & sic multo postquam hæc scripta haberé, vidi declarationem reuerédissimorum Cardinalium Prælato. Parme. missam in hæc verba. Item 14 non † potest cogere obtinentem capellaniam, vt ipsemet celebret, licet in eius fundatione disponatur, quod Rectores celebrent: nam istis oneribus missarum recte per substitutos satisfit.

CONSILIVM XXI.

Quando concurrunt causæ permissiuæ & prohibitiuæ, quænam earum attendatur, exemplificando in materia lucrandi fructus præbédarum, & de infirmo vel carcerato ad residendú impedito: de quibus & latius infra consilio. 25.

SVMMARIA.

1. *Ratione deficiente dispositionis, vel contractus cessant dispositio & contractus.*
2. *Casus omissus in dispositione non includitur. & nu. 3. quod remanet iuris communis dispositione.*
4. *Infirmus pro residente habetur, etiam quoad quotidianas distributiones & n. 5. & 6. limitatur & declaratur.*
7. *Carceratio iuste facta priuat á residentia carceratú, & multo fortius á quoditianis distributionibus.*
8. *Culpa quoties præcessit casum, casus non excusat.*
9. *Causæ dua quoties in eadem dispositione concurrunt vna permissiua & alia prohibitiua, cui attendatur.*
10. *Actus quoties ad duo trahi potest, scilicet ad commodum, vel incommodum, cui adaptetur.*
11. *Qualitas rei & actoris quoties in simul concurrunt cui attendatur.*
12. *Causa quæ nocet an sit attendenda potius quam illa, quæ prodest. & n. 13. & 14. declaratur.*
15. *Mixtum debet assumere ex suorum simplicibus quod vtilius & fauorabilius est.*
16. *Regula quod causa nociua & prohibitiua sit attendéda, limitatur.*
17. *Monachi generaliter iudicare prohibentur, & quid quoad canonicos ecclesiarum cathedralium.*
18. *Lex generaliter aliquid promittens non trahitur ad prohibitionem casuum specialium.*
19. *Statutum generale per speciale restringitur.*
20. *Lex specialis generali fortior est.*
21. *Tutorem de suspecto accusare quilibet potest, & n. 22. limitatur.*
23. *Causa permissiua & vtilis attenditur quoties potentior est prohibitiua & nociua.*
24. *Causa in dubio dicitur potentior, quæ potentior est.*
25. *Causa benignior illa dicitur per quam resarcitur damnum.*
26. *Causa & illa dicitur potétior, quæ est dignior, & magis qualificata.*
27. *Minoris beneficia quando maiori competant.*
28. *Cardinalatus qualitas dignior est, & sic excepta videtur.*
29. *Infirmitatis nonaginta priuilegia remissiue.*
30. *Damnum vitandum & lucrum captandum quoties concurrunt specialior est euitatio damni, & sic iudicatur.*
31. *Causa respiciens personas specialior est.*
32. *Causa naturalis causæ accidentali præfertur.*
33. *Electione facta de consanguineo á Papa an potius ex carne, quam ex spiritu reuelata censeatur.*
34. *Legatum consanguineo pauperi relictum non dicitur pium,*

pium, quia tunc naturalis affectio attenditur, nisi aliud constet.

35 *Mariti domicilium originale an attendatur.*

36 *Contractus quis factus in dubio præsumatur, an venditionis, vel permutationis.*

37 *Fauorabile si prodest, potius attenditur, quam nociuum odiosum.*

38 *Incarceratio priuat à libertate naturali.*

39 *Carcer vocatur mala mansio.*

40 *Commodum si appæret de eo verisimiliter cogitatum per contrahētes potius attenditur quam dammum.*

41 *Causa permissiua, & quæ prodest attenditur, quoties per eam deducimur ad ius commune, secus vero prohibitiuam, vel nociuam.*

42 *Damnum obueniens inter socios culpa vnius non debet alio socio nocere.*

43 *Actus vt sustinetur quoties ad id coniectura capi potest, potius est capienda, quam contraria.*

44 *Nomen proprium potius attenditur, quam nomen dignitatis.*

PEtrus, & Franciscus ex peculiari indulto & bulla summi Pontificis possidebant in quadam nostri regni ecclesia cathedrali, cantoriæ dignitatem, vulgo Chantria, Petrus percipiebat fructus, Franciscus vero erat eius coadiutor, ex speciali Petri consensu & resignatione, ita tamen q̃ vterque alternatiue residere poterat in Ecclesia; & residentia vnius alii proficiebat, & alterius alteri, & ab vno vel vtroque residentia tempore statuto facta, adimplebatur quolibet anno, super quo capitula quædam inter ipsos & alios Ecclesiæ huius concapitulares erant constituta, ex mandato ipsius Papæ, & inter hæc capitula aderat vnum tenoris sequentis; super quo lis præsens & quæstio vertebatur.

Iten que estando præsentes ambos los dichos sennores dō Pedro, y don Francisco en esta ciudad, y en las partes demas condenidas en el capitulo antes deste, y enfermos ambos se pueda contar el vno dellos enfermo, è ganen las horas, conforme à la costumbre desta yglesia por su prebenda è Chantria, y que estando el vno dellos enfermo, y el otro sano, estando præsente, no se pueda el enfermo contar de enfermo atento à que queda vno sano, que pueda seruir vresidir en la dicha Iglesia, y que el que estuuiere sano, en este caso no se pueda contar de recreacion.

Contingit quod Franciscus ob delictum, ei attributum fuit incarceratus de Episcopi mandato, & eo sic incarcerato, Petrus dum residere debebat, & volebat, infirmatus fuit; propter quod fuit dubitatum, quid esset in isto casu dicendum, num habebitur infirmus Petrus pro residente, an verò Franciscus incarceratus, vel nullus eorum pro residente habebitur, vt sic ambò perdant.

Et antequam descendamus ad decisionē huius dubii præsupponendum est, casum hunc non comprehendi sub verbis dictæ clausulæ, eo quod in d. clausula solum duo casus comprehenduntur, vnus, cum ambo, Petrus videlicet & Franciscus, sunt infirmi, & in hoc casu habentur vt residentes: alius verò casus est, cum vnus eorum est infirmus, & alius sanus, præsens tamen in dictis partibus, & in isto casu non habentur vt residentes, eo quòd sanus tunc residere potest, & nullus istorū est casus noster, eo quòd in nostro casu dictus Petrus est infirmus, Franciscus verò sanus, incarceratus tamen, qui propter hoc residere non potest, & sic defuit ratio secundi casus, ibi, *attento à que queda vno sano que pueda seruir*, & sic † deficiēte ratione dispositionis, deficit dispositio, 1 & itidē contractus, vt per Tiraquellum, *de cessante causa, 1. parte, nu. 56.* & secundū eum, *ibi, n. 50.* cōcessionis causa cessante, cessat cōcessio, & in omnibus dispositionibus ratio attendenda est *vt ibi per eum n. 138.* si ergo cessat dicta concessio, dispositio & contractus in nostro casu, eo quòd in eo ratio dispositionis locum non habet, quia † casus omissus non includitur in dispositione, *vt per Manticā, de coniecturis vltimarum volunta. lib. 6. tit. 14. nu. 3. fol. 134.* 2 necessariò casus † noster tanquam omissus remanet in dispositione iuris communis, *ex l. commodissimè, & eius materia, ff. de liberis & posthumis, de qua optimè per Manticam vbi supra, libro 3. tit. 19. per totum.* 3 Cum ergo casus noster remaneat tanquam omissus in dispositione iuris communis, habem⁹ ex eo duas causas, duosvè effectus incompatibiles & contrarios: adest enim infirmitas; de cuius effectu est, vt infirmus † pro residente habeatur, 4 etiā quoad quotidianas distributiones, nisi aliud sit de consuetudine inductum, *vt in cap. vnico de cleric. non resident. in 6. tex. in capit. 1. de cleric. aegrot.* vbi Abbas notat, & fac unt scripta per Felinum *in capit. quoniam frequenter, nu. 5 extra, vt lite non contest.* & Dec. *in c. si pro debilitate, de offic. deleg.* & Cou. optime *li. 3. var. c. 13. n. 8.* vbi *in vers. sexto hoc ipsum*, hoc intelligit, quoties † non residentiæ est infirmitas causa immediata, & legitima, pu a, quia antea residere solebat, *vt per Rebuff. 3. to consti. Fran. titulo, de excusat. n. 67.* 5 & ego itidem id verum intelligo, nisi † ad hoc infirmitas sit procurata, quoniam tunc nihil prodesset, *ex dictis per eundem Couar. lib. 2. var. c. 16. n. 9. & Mexiam in pragmat. panis conclus. 1. nū. 9. & 10. & Cassaneum in consuetud. Burgū. in proœm. verbo, meladie. in fine, fol. 10.* 6 Ex contrario vero adest Francisci † carceratio, quæ quidem si iusta est, priuat à residētia, & multo fortius à distributionib. quotiditianis, *secundum dicta per Couar. in dicto cap. 13. n. 8. versic. vndecimo ex his*, eo quod quoties † culpa præcessit 7 casum, casus no excusat, vt in his terminis inquit Boter. *de synodo Episcopi, 2. par. n. 64. fol. 18. in paruis*, & de iis fructibus lucrandis ab incarcerato latius dicetur infra, *consi. 25.* 8

Quid igitur in hac contrarietate & in hac repugnantia diuersorum effectuum dicendum erit, & ad eius solutionem recurrendum est ad materiam brocardicum, scilicet, quod quoties † in aliqua dispositione adsunt duæ causæ diuersos effectus producentes, vna causa permissiua, & sic quæ prodest, alia vero prohibitiua, & sic nociua, quænam istarum sit attendēda dubium est inter Doctores, & iura, & rationes. 9 Nam pro parte affirmatiua, quod attendatur causa quæ prodest, & sic permissiua facit: quoniam dubios & incertos casus debemus in eo sensu accipere, quo lædant minus, *l. semper in obscuris, ff. de regul. iuris. eodem titu. in 6. cap. in*

10 cap. in obscuris, & vtrobique concor. in glos. & † quoties actus quisquam potest trahi ad duo, quorum vnum prodest, alterum nocet, debet potius attendi id quod prodest, quam id quod nocet, l. non intelligitur, §. si quis palam, & ibi Bart. ff. de iure fisci. l. emancipatos, §. si ff. de senatoribus, & l. si vir vxori, ff. de vsucapionib. pro dona. l. liberis, §. si duo. ff. de liber. causa. l. si patronus testamento. §. si filius. ff. de bonis liber. Cynus in quadam allegatione, quae est inter consilia Baldi, ante consilium 41. allegationes domini Cyni, libro 4. Signorolus consi. 169. q. 1. col. 4. nu. 22. Romanus in l. 1. n. 13. ff. de cond. ob turpem cau. Platea in l. cum allegas, C. de castren. pecu. lib. 12. & Doctores alibi saepissime, ex quo inquit Ant. de But. in cap. fi. de exceptionibus, & sequuntur Doctores in cap. intelleximus, de iud. quod excommunicatus non potest esse actor in iudicio, sed tantum reus, nunquid poterit esse in iudicio duplici, in quo quilibet sustinet partes actoris & rei, & praefati Doctores determinant quod sic, & con-
11 sequenter † attenditur qualitas, quod sit reus, quae prodest, non autem quod sit actor, quae no-
12 cet. In contrarium tamen, imo, quod † causa quae nocet sit attendenda in dubio, probatur ex l. 3. §. eleganter. & ibi gl. & Bart. notat. 3. & Roma. ff. ad Sillani. l. si quis posthumos, in fine, ff. de liber. & posthum. l. 2. §. si à pupillo, ff. de vsucapio. pro emptore, l. Auia, §. 1. ff. de cõdi. & demon. l. cum pater. §. Maeuio, de legat. 2. l. Pedius. §. 1. ff. de arbit. l. Fulcinius. §. quid sit latitare. ff. ex quib. causis in poss. ea. l. 3. §. si quis palam, ff. de iure fisci, Dyn. in cap. possessor, de reg. iur. in 6. Ias. in l. si quis arrogator nu. 48. cum sequentibus, de adoptio. & iterum in l. si mater, num. 9. C. de inofficio. testamen. Petra sancta singu. 42. Alciat. de praesumptio. regul. 1. praesumpt. 30. Decius in l. si quis, Rusi. C. de militari testamen. Cassan. in consuetud. Burgun. rub. 4. §. 28. verbo, & Autrie. n. 4. fol. 190. col. 4. in fine, & Alexan. consil. 42. nu. 9. lib. 3. & Menoch. de arbitr. lib. 1. quaest. 80. num. 27. & idem Alcia. in l. 2. in princi. n. 40. ff. de verbo. oblig. & Gometius in cap. statutum §. cum vero. num. 44. de rescriptis in 6. Cephal. consil. 416. nu. 21. & haec est communis regula Doctorum vbique, secundum Tiraquel. de retract. lignag. §. 30. gloss. 1. n.
13 29. vbi nu. 30. eam intelligit † procedere quando duo certa & determinata concurrunt, prout in nostro casu, quorum vnum prodest, alterum vero nocet: ita enim loquuntur leges pro hac secũda parte citata, vt videre licet, ex Alue. in l. impari causa, col. 1. num. 4. ff. de regul. iur. & in d. l. Auia. §. 1. ff. de
14 condi. & demonstr. Sed † quando duo non concurrunt, sed vnum tantum, quod potest trahi ad diuersos sensus actus & effectus, prout in pluribus ex legibus pro prima opinione per nos adductis, & in dicta doctrina Anton. de Butrio, tunc debet ad eum sensum trahi, qui prodest, non vero qui nocet: nam & alias cum ex duobus simplicibus fit mixtum quodpiam, ex quo noua quaedam species oritur, participans naturam vtriusque in quibus tamen repugnantia quaedam reprehenditur,
15 tunc † illud mixtum debet sibi assumere, quod vtilius & fauorabilius est ex altero suorum simplicium, l. 1. C. de rei vxor. actio. & l. 1. C. communia, de leg. & in aliis iuribus allegatis per Tiraq. dicto num. 30. vbi & inquit, quod & alias quoque in commixtis sequimur naturam eius, quod fauorabilius & benignius est, ex Alber. post glos. in l. 2. §. 1. ff. ad legem Aquil. Cum ergo in nostro themate & casu duo certa & determinata concurrãt, quorum vnum prodest, scilicet, infirmitas Petri, & alterum nocet, videlicet, iusta Francisci incarceratio, ex dicta communi regula videbatur nociuum sequendum. Nihilominus tamen in nostro casu in facti contingentia, & alii subscripserũt aduocati, causam permissiuam, & sic illam, quae prodest, scilicet, Petri infirmitatem esse attendendam, vt sic pro residente habeatur, & hoc ex sequentibus.

Primo, quoniam licet dicta regula communis sit tenenda, videlicet, quod regulariter sit attendenda causa prohibitiua, & sic nociua, haec † ta- 16
men regula fallit primo, & non procedit, quoties vtraeque regulae, in casu contingẽte, vt in nostro, generales sunt, prout in praesenti: regula enim generalis est, vt infirmus habeatur pro residente: Item & regula generalis est, quod iuste incarceratus non habeatur, vt & consuetudine notoria in dicta ecclesia est obtentum. Cum ergo hae generales regulae sint, in tali casu permissiua, & sic quae prodest, attendenda est, non vero prohibitiua, vel nociua, secundum Gometium vbi supra numer. 44. & voluit Iason in dicta l. si arrogator num. 47. & Alciatus, in dicta l. 2. num. 42. ff. de verbor. oblig. Et patet id manifeste, quoniam in hoc casu cessat ratio dictae communis opinionis asserentis, prohibitiuam, vel nociuam causam attendi: ratio enim nõ est, ideo quod sit prohibitiua, vel nociua, sed illa, quia haec nociua & prohibitiua causa à communiter accidentibus & regulariter solet esse specialis, & ideo nimirum, si generali permissiuae & vtili praeferatur, quoniam generi per speciem derogatur, ex iuris regula, sed cum haec ratio cesset in nostro casu, & in similib. vbi ambae causae & regulae sunt generales, cessat & per consequens dicta cõmunis, & attendenda est causa permissiua, & vtilis & fauorabilis est, secundum Gometium vbi sup. nu. 45. Iason dicto nu. 47. Ex quo infert idem Gome. vbi sup. num. 46. quod † generaliter monachi prohiben- 17
tur iudicare, & etiam generaliter canonici ecclesiarum cathedralium permittuntur esse delegatos, in isto cõcursu duarum dispositionum generalium, attendi debet regula permissiua. Infero
& ego quod † si lex generaliter permittat omni 18
tempore venari quodcunque animal, si quis dum ad venandum cuniculos, vulgo, conejos, progreditur in mense Maii, leporem aliquem occidat, & denuncietur de eo, hac de causa attendetur tunc causa prohibitiua & nociua tanquam specialis, ex statuto, aut lege disponente in mense Maii non occidi aut venari leporem prohibente, quod est optimum ad leges & pragmaticas de caça y pesca subst. tit. 8. lib. 7. recop. insertas. Infertur etiam, quod si ex statuto caueatur, quod filius testis infra mensem accusari possit, & aliud statutum generaliter disponat, quod omnis falsarius puniri possit intra decem annos, haec generalitas † restringitur 19
per statutum dictum speciale de falso teste, secundum Bartolum in l. sanctio legum. ff. de poenis, & Petrus Peck. in c. generi, de regul. iur. libro sexto, numero primo,
Lex † enim specialis legi generali fortior est, gloss. 20
in l.

in l. sciendum ff. qui satis cog. idcirco nimirum, si dum causa prohibitiua & nociua fortior est, eo quod specialiter disponit, præferatur, & attendatur, sed dum ambæ generales sint fauorabiliores, & quæ permittit & prodest, attendenda venit, & id iuri & rationi conuenit. Infertur & vltimo, quod cum reperiatur regula permissiua, quod quilibet † potest accusare tutorem de suspecto, vt l. 1. §. consequẽs ff. de suspect. tuto. l. 2. tit. 18 par. 6. vbi glos. alia iura allegat. & reperiatur itidem regula prohibitiua, quod libertus non potest accusare patronum; l. qui accusare ff. de accusat. si patronus † est tutor non poterit de suspecto accusari per libertum, secũdum Bartolum in l. 2. in principio, ff. de suspecto tutore, quoniam regula prohibitiua est specialis, & derogat generali, & hæc est prima fallentia dictæ communis opinionis pro nostro intentu faciẽs, vt est dictum.

21

22

Secundo limitatur dicta communis opinio, & regula, vt non procedat; quotiescunq; † qualitas & causa permissiua & vtilis est potẽtior causa prohibitiua, vel nociua: quoniam tunc permissiua, & vtilis attenditur, secundum Bartolum in dicta l. si vir, ff. de vsucapio. pro donato, per textum, ibi: & per quædam alia iura, quæ pro prima adduximus parte & opinione; & eundem Bartolum; & alios relatos per Tiraquel. in dicto §. 30. glo. 1. n. 29. & Gometi. vbi sup. num. 45. & † illa in dubio dicitur causa potentior, quæ est benignior, l. si pupillus, vbi Bar. ff. ad legẽ Falc. nam ibi potius consideratur, quod hæres cõsequatur pecuniam à pupillo tãquam datam naturaliter, quam tanquam datam causa conditionis implendæ: quia illud est benignius: nam hoc modo legatarii consequentur integra legata, secundum voluntatem testatoris, vt per Bartolum ibi, & Alciat. in dicta l. 2. in princip. n. 38. vers. secundo dicetur, de verb. obligat. Item illa † dicitur pars benignior secundum Alciatum, ibidem, per quam resarcitur damnum, vt notatur in l. si. §. in computatione, C. de iure de liberan. & ne quis indebite damnum patiatur, vt in l. 2. in fin. ff. ad l. Aquil. quam sic intelligit Alcia. in dicto versicu. secundo dicetur. Petrus tamen in nostro casu, nisi infirmitas sua attenderetur, indebite dãnum pateretur ex incarceratione Francisci; in quo Petrus ipse nullam habuit culpam: ergo ista pars infirmitatis tanquam potentior, quia benignior, in nostro casu amplectenda est. Item † & illa dicitur causa potẽtior, quæ est dignior, & magis qualificata, secundum Bartolum in l. præcipimus, §. hoc eodem obseruando per illum tex. C. de appellationibus, & Gometius in dicto cap. statutum num. 45. & Alcia. in dicto num. 38. in princi. nam cum sit magis qualificata, quia agitur de maiori fauore, offuscat præcedentem, ex text. in l. si vir, ff. de vsucapio. pro. dona. & ex meliori tex. in l. non intelligitur, §. siquis palam, & ibi Bar. ff. de iure fisci, quos ad hoc allegat Gome. in d. num. 45. Ex quo infert Alcia. in d. num. 38. in prin. cum Roma. & And. Sicu. quod † si aliquis maior & aliquis minor habent causam communem indiuisibilem, beneficia minoris competunt etiam maiori, ex te. in l. si communem, ff. quemadmodum seruit. amit. de quo textu plura diximus in l. 10. tit. 1. lib. 4. recop. num. 23. cum duobus sequentibus & probat gloss. in l. fin. C. si vnus ex pluribus appel. & gloss. pro. in l. 5. titul. 23. part. 3. Ratione enim adiuncti inseparabilis permittitur id quod alias non permitteretur, vt per illam l. si communem, inquit Bartol. & ibi Orof. versi. 30. co. 244. in l. Imperator, ff. de stat homi. Abbas in cap. de quarta, numer. decimo nono, de rescript. Antonius Gom. tomo 2. var. cap. 14. numero decimo, & Pereira in l. si curatorem in diffin. versi. vel aduersarii dolo. numero 25. C. de in integ. restitu. & Pirrus in consuetud Turonen. titulo de retrat. art. 19. Ex hocque infero, quod si dubitetur de voluntate militis, an voluerit testari secundum ius commune, an vero priuilegio suo, tũc id quod æquius est attenditur, vt per Mascar. tomo 2. de probationib. conclus. 1059. sub litera M. numero octauo, vbi aliis modis limitat hanc doctrinam, & Decia; resp. 12. volumine. 2. & Menoc. de præsumptionib. lib. 6. præsumptio. 6. per totam & Ias. consil. 1. numero 8. volumine 1. & Princeps rescribens alicui, an censeatur vti iure communi vel speciali, vide Menoch. de præsumption. lib. 2. præsumptio. 12. Ex quibus notat Romanus consi. 498. col. 3. relatus per Alciat. vbi sup. quod si Ripa imponat charitatiuũ subsidium quibuscunque administratoribus ecclesiarum, non cõprehendetur Cardinalis administrator, quia † talis qualitas Cardinalatus est dignior, vnde illa debet attendi: De iure tamen habemus, causam infirmitatis esse priuilegiatam, quia infirmus habetur pro residente, iuste tamen incarceratus non, vt dictum est. Item habemus † nonaginta priuilegia infirmitatis relata per Gometium in regula Chancell. de infirmis resig. quæst. 9. iuste tamen incarcerati non reperimus priuilegia: ergo causa infirmitatis tanquam dignior, & qualificatior & fauorabilior, quia † tractatur per eam de damno vitando, & aduersarii tractant de lucro captãdo, ex l. fin. C. de codicil. l. Proculus, ff. de damno infect. cum similibus, & sic magis specialis iudicatur, secundũ Baldum in l. hac consultissima C. qui testamenta facere poss. præsertim † cum personas respiciat, & ideo specialior est, secundum Petrum Pechium in d. cap. generi, de regul. iur. in 6. n. 2. attendenda est: & offuscat cõtrariam incarcerationis, & trahit eam ad se.

23

24

25

26

27

28

29

30

31

Tertio limitatur dicta communis regula; vt non procedat quoties † causa; quæ prodest, aut permittit, est naturalis, causa vero quæ nocet aut prohibet; est accidentalis: quoniam tunc causa quę prodest & permittit inspicienda est, quotiescunque non sunt contraria, neque repugnantia; nisi quoad effectus; secundum tex in l. qui habet, in princip. ff. de tuto. & ibi Bart. in l. siquis posthumos, ff. de liber. & posthum. l. si ff. de offi. Procon. l. tutor petitus, ff. de excusa. tuto. per quem dicit ibi Bald. quod † si Papa contulerit beneficium alicui consanguineo suo, quod caro, & sanguis reuelauit sibi & non spiritus notat Alcia. in dicta l. 2. in princip, numer. 41. sic limitans dictam communem, & Tiraquellus alios referens in dicto § 30. n. 26 & 31. Et itidem, si † consanguineo pauperi relinquatur legatum, non dicitur pium, quia attenditur naturalis affectio, vt per Cephalum dicto consi. 216. numer. 17. cum sequentibus aliquibus, & hoc quando testator potius affectionem naturalem considerauit, quam paupertatẽ, vt per Tiraquel. de priuil. causa pia, in præfatione. num. 14. 16. 17. & 18. & 21. Et faciunt in propositum latius di-

32

33

34

tius dicta sup. *consil.16.numer.13.cum sequentibus* Infirmitas enim licet dicatur esse præter naturam, tamen cum homines naturaliter ad edendum & bibendum inclinentur, ex quibus infirmitates proueniunt, & sic quasi naturales infirmitates hodie fiũt, & ex experientia videmus infirmitatẽ corporalem quasi per viam hæreditariam à parentibus in filios deriuari, magis debemus inspicere infirmitatem, quasi causam naturalem, quã incarcerationem, quæ omnino accidentalis est, & libertati contraria. Ex quibus Iason *in d. l. si arrogator. numero 45.* inferebat, ad determinationem quæstionis difficilis per eum ibi propositæ *in numero 42. cum sequentibus* an † videlicet attendatur domiciliũ mariti originale & sic naturale, an vero accidentale, & sic vbi se transtulit ad habitandum. Ex hac itidem causa Tiraquell. *vbi supr. numero vigesimo sexto, & 31.* inquit contractum † dubium, an sit venditio vel permutatio, esse potius permutationem iudicandum, quam venditionẽ, quippe, quia permutatio est secundum naturam, quoniam est supplementum naturalis indigentiæ, *vt per Tiraquel. ibi.*

35 36

Quarto limitatur nostra communis opinio, vt non procedat quoties † id, quod prodest, est fauorabile, illud vero quod nocet odiosum, *secundum Ancha consilio 36. & Tiraq. d. numero 31.* Hic tamen fauorabilis reputatur infirmitas, quoniam causat residentiam, & multa sortitur in iure priuilegia, vt dictum est: incarceratio vero est quid odiosum; per eã † enim perditur naturalis libertas, vt inquit Consultus *in l. Titio. §. Titio. el. 2. ff. de condit. & demonst. Bart. in Authen. de defensoribus ciuit. §. audientiam. numero 2.* & quædam species seruitutis reputatur, *secundum Alberic. in l. 1. ff. de libe. homi. exhib. & Alex. consilio 133. libro secundo*, & † ideo mala mansio vocatur, *in l. item apud, §. quæstionis. ff. de iniur. l. si hominem. ff. depositi, Bal. cap. 1. § denique. quæ fuit prima cau. ben. amit. in vsi. feud.* Et sic inquit Iob. 7. vt laborem & anxietatem suam declaret; Nunquit mare sum ego, aut cœtus, quia circundedisti me carcere? Vt & alia plura de carcere in propositum afferunt Bernard. de Sandoual *in suo tractatu del cuydado que se deue tener con los pressos, cap. 2.* & Cerdan. Tallada *in suo tracta. de la visita de carcel, cap. 3.* Item, & iuste carceratus perdit residentiam, & infirmus propter infirmitatem resarcit damnum hoc: ergo fauorabile est inspiciendum, & sic causa vtilis & permissiua.

37 38 39

Quinto limitatur dicta communis vt nõ procedat quoties id † quod prodest, est verosimiliter potius cogitatum per contrahentes, quam id quod nocet, secundum Imolam *consilio 35.* Tiraquel. *vbi sup. dicto numer. 31.* & iterum in præfatione *l. si vnquam, C. de reuocan. donatio. n. 60. versi. inspiciendum esse magis*, vbi cum pluribus numeris ante & post tradit late, quomodo id quod est verosimilius est potius inspiciendum. Infirmitas tamen vt res contingibilior magis censetur cogitata, quam incarceratio: tum quia ad ea quæ frequentius accidunt iura adaptantur, *ex l. nam ad ea. ff. de legib.* tũ etiam quia in hominibus iam senescentibus, prout erant dicti Petrus & Franciscus, non erat expectanda carceratio, neq; hic tristis euentus considerandus, *ex l. inter stipulantem, §. sacram, ff. de verbor. obliga.* tum etiam, quia in præsenti partes ipsæ præbent medium, quomodo & qualiter ii pro residentibus habeantur: ergo potius ad causam infirmitatis censentur respectum habuisse, quam ad incarcerationem.

40

Sexto, dicta communis regula non habet locum quoties † per causam permissiuam, & vtilem reducimur ad ius commune, per prohibitiuam vero vel nociuam non; tunc enim illa quæ prodest & permittit attenditur, *secundum tex. in l. nam similes, ff. de iniusto rup. quem ad hoc allegat & inducit Alcia. in d. l. 2. in prin. num. 29. ff. de verborum obligat. & Cassan. & Gome. vbi supra, & Ias. in dicta l. si arrogator, numer. 48. & 49.* directius tamen in nostro casu reducimur ad ius commune per medium infirmitatis quam incarcerationis, quia de iure est infirmum pro residente haberi, per mendicata vero suffragia probamus, iuste incarceratum non haberi pro residẽte: ergo ad id quod directius dispositum habemus de iure communi, est potius attendendum. Ex quibus omnibus in nostro casu, & præsertim ex primis quinque limitationib. habemus causam infirmitatis, & sic vtilem attendẽdam. Quod & adhuc duobus aliis mediis confirmari potest; scilicet, ꝙ dictos Petrum & Franciscum socios ipsius cantorię reputare possumus, cum in simul gaudeant dicta cantoria, & inter † socios damnum obueniens in societate culpa vnius eorum, non debet alteri socio nocere, secundum tex. in l. cum duobus §. venit autem, [illegible] pro socio. l. 7. titul. 10. par. 5. neque secundum [illegible] verbo, porenganno, compensatur damnum illatum à socio ex suo dolo, vel culpa, cum eo, quod lucratum est ex sua diligentia, *ex l. non ob eam ff. pro socio.* Carceratio autem dicti Francisci ex culpa sua & delicto obuenit: ergo non debet obesse dicto Petro infirmo, quominus ob hanc causam pro residente non habeatur. Item, quia † vbi potest capi coniectura, vt actus sustineatur, illa capienda est, *ex l. quoties ff. de rebus dubiis*, & sic si † cõmittatur causa Ioanni Thesaurario talis Ecclesiæ, cum sit canonicus, inspicitur proprium nomen, non vero nomen dignitatis, *vt optime per Abbatem consilio. 93. numero penultimo & fin. libro 2. quem sequitur Iason. in l. si nomine. C. de testamen.* Ex quibus sic videtur in nostro casu tenendum, vt attendatur causa infirmitatis, & sic vtilis & permissiua, prout fuit factũ. Et hæc omnia sunt notanda, ad intellectum dictarum regularum inuicem se contrariãtium, & plurium iurium & statutorum, & sic non inuenio elucidata & declarata.

41 42 43 44

CONSILIVM XXII.

Legatum an transmittatur moriente legatario ante implementũ ætatis constitutæ ad petendum legatum.

SVMMARIA.

1 *Tempus incertum quando inducatur, & an conditionem inducat.*

2 Tempus

2 *Tempus certæ ætatis à testatore constitutum conditionem inducit.*

3 *Legatum ad certam ætatem factum tanquam conditionale non debetur, nisi ætate impleta, & n. 4. limitatur in legato ad pias causas relicto, & n. 5. declaratur aliis conditionibus non obstantibus, & n. 6. ad n. 4. sublimitatio ponitur.*

7 *Dictio disiunctiua apposita tempori futuro conditionem inducit. & num. 8. ampliatur.*

9 *Pars vna alternatiua dictionis per aliam debet declarari.*

10 *Gerundium in, do, formam & conditionem inducit.*

11 *Legatum non transmittitur ad hæredes, ante conditionis implementum.*

12 *Legatum non transmittitur ad hæredes, si legatarius decesserit ante diem incertum.*

13 *Legatum non extenditur de casu voluntario, sub quo fuit relictum ad casum mortis.*

14 *Legatum non transmittitur ad hæredes decedente legatario ante ætatem quoties ætas substantiæ obligationis apponitur.*

15 *Legatum factum ab aliquo in certam ætatem transmittitur ad hæredes, mortuo legatario ante ætatem quoties ætas, non vt conditio, sed ad exactionem faciendam requiritur, vt in nostro casu. & num. 16. limitatur quoties conditionaliter requiritur.*

17 *Legatum conditionale efficitur quoties in diem incertum soluendum relinquitur.*

18 *Transmissibile potest per testatorem intransmissibile effici & nu. 22. limitatur.*

19 *Legatum pium in certam ætatem relictum debetur etiam antequam ad ætatem deueniatur.*

20 *Legatum dotis vel alimentorum, an & quando pium dicatur*

21 *Relictum ad pias causas illud intelligitur, in quo causa pietatis congruit personæ cui relinquitur, secus alias.*

23 *Libertas legata in certam ætatem alicuius tertij non cessat, licet tertius ante impletam ætatem moriatur, & num. 27. limitatur.*

24 *Legatum pium & libertatis an æquiparentur.*

25 *Determinatio vna plura determinabilia respiciens pariformiter ea determinat & num. 26. limitatur vbi non damus eandem rationem.*

28 *Legatum alicui factum quando in ætatem legitimam peruenerit quomodo intelligatur, & quando debeatur.*

29 *Legatum relictum in euentum mutationis vitæ vel status morte legatarii debetur tertio, cui fuit facta substitutio.*

QVidam testator inter alias sui testamenti clausulas, hanc apposuit: *Iten mando à donna Antonia vna vinna que yo he criado en mi casa quatrocientos ducados, para que mis testamentarios los empleen si em pre adonde vaya adelante, y no se pierda, y no quiero que su padre entre en ellos, sino que siempre esten en pie, y se le entreguen al tiempo que ella mudare habito de casada, ò monja, con los accrecentamientos quedellos ouiere auido, y los dichos mis testamentarios administren los dichos quatrocientos ducados, hasta que se haga lo susodicho, ò la dicha donna Antonia aya diez y ocho annos, y en auiendolos, se le den con los acrecentamientos que dellos otiere auido para que la dicha donna Antonia haga dellos lo que quisiere.*

Successit post quod hæc Donna Antonia mortua est, antequam statum mutaret, & ad ætatem decem & octo annorũ perueniret, & absque testamento itidẽ mortua fuit, patre suo adhuc superstite, dubitatum fuit, num pater hic dictæ D. Antoniæ successerit in legato illo, & ad eũ transmissum fuerit, an vero remanebit penes hæredẽ testatoris, qui sunt testamentarii vniuersales, quibus iussit testator bona remanentia in quandam capellam conuertenda, & in fauorem testamentariorum contra patrem consului, & pro eis sequentia fundamenta consideraui, quibus pars eorum contra patrem dictæ D. Antoniæ remanebit iusta.

Et primo ex eo quod dictum legatum est conditionale tanquã sub die incerto legatum, & ibi, *y se le entregue al tiempo que ella mudare el habito de casada, ò monja*, tempus † enim incertum est, quando erit, vel an erit, & sic conditionem inducit, *ex tex. in l. vnica, §. sin autem aliquid sub condi. C. de cadu. tol. l. 34. tit. 9. part. 6. & aliis à nobis alibi adductis.* Item & ex eo quod tempus † certæ ætatis constitutum à testatore conditionem ex dictis inducit, vt expresse probatur *in l. 31. versi. ca mager. tit. 9. p. 6.* & sic peti nõ potest, legatario † ad ætatẽ non perueniente, tanquam conditione nõn impleta, vt per Soci *in reg. 310. incipient. priuilegia, n. 28.* vbi tamen limitat, vt † non procedat in legato ad pias causas, secus alias; vel vt procedat † quando conditionaliter legatur ex aliis adiectionibus, quàm certæ ætatis, vt hic fit, quia tunc aliis conditionibus non obstantib⁹, deficit legatum, vt voluit Tiraquel *de priuileg. causæ piæ, priuil. 23.* dum ibi ad legatum ætatis solummodo id refert, & vbi conditio per appositionem ætatis causatur, secus verò si ex aliis etiam verbis, & orationibus inducatur id quod resultet sic voluisse testatorẽ, vt impleretur, quoniã tunc neque ad pias causas valeret, vt hic testatorem voluisse videtur, cum ita geminatiue conditiones apposuerit. Ex quo datur intelligi determinata volũtas testatoris, quod voluerit, vt omnino impleretur: & † quod tũc neque ad pias causas valeat, tenet Euerar. *in centu. argumen. in loco à libertate ad pias causas, versi. vltra præmissa*, & glo. *in l. libertate, & in l. fi. per tex. ibi, ff. de manu. testamen.* præsertim, cum hic noluerit testator bona hæc ad patrem d. D. Antoniæ peruenire, & tempus ætatis per disiunctiuam, ò Latinè, *aut*, apponatur, ibi, *ò la dicha D. Antonia aya diez y ocho annos*, & † disiunctiua dictio apposita tempori futuro, vt in præsenti, conditionem inducit, *vt est tex. expressus in l. huius. ff. quando dies leg. cedat. & l. siquis ita stipuletur, ff de verbo. obliga. notat. Bar. in leg. 1. nume. 13. ff. de condi. & demonst.* maximè, † quoties dubitatiuè, prout hic, apponitur dicta disiunctiua, *secundum eundem Bartolum in leg. demonstratio, §. quod autem. num. 11. & 12. ff. de condit. & demonst.* præcesserintq; verba conditionem importantia, & sic sequentia eandem conditionem importare debẽt: vna enim † pars alternatiuæ per aliam debet declarari, *secundum Bar. per tex. ibi, in l. 1. ff. de reb. dub. ad hoc allegatum per Gome. in cap. statutum, in prin. n. 23. de rescrip. lib. 6.* idque manifestius colligitur ex verbis sequentibus dictæ clausulæ, ibi, *y en auiendolos se ledẽ*: verbũ enim illud, *auiendolos*, est gerundiũ, in do, cuius † quidẽ naturę est inducere formam

formam substantialem, & conditionem, *secundum gloss. gerendum. in l. si tu ex parte ff. de acqui. hered. ibi adeundo; id est, si adierit, Gome. in rubr. insti. de actionibus; Rebuf. in 1. to. constitutio. Fran. tit. de senten praiud. art. 2. glos. 6. n. 2. & iterum in eodem tomo, tit. de senten. executo. art. 1. glos. 15. n. 2.*

Ex quibus cum habeamus, legatum hoc ex 11 pluribus rationibus esse conditionale, nullo † modo potuit transmitti ad Patrem huius puellæ; ante euentum conditionis decedentis, *& ex tex. in dicto §. fin autem aliquid sub conditione, & ex d. l. 34. & ex l. 1. §. dies autem incertus, ff. de condition. & demonstra-* 12 *tio.* vbi inquit tex. quòd si † legatarius ante diē incertum decesserit, ad hæredem legatum eius non transit, quia non cessit dies viuo eo, quamuis certum esset, hæredem moriturum, vbi gloss. *non cessit in eodem §. dies,* alia iura similia allegat, & Manti. *de coniect. vltim. volun. lib. 11. tit. 7. num. 23. fol. 171.* & in propositum tradit optimè Anto. Gom. *tom. 1. var. cap. 5. numero 26.* vbi limitat & declarat vt Nos declaramus, & per consequens legatum hoc cum non transmittatur ad hæredes huius legatariæ, remanet penes testamentarios defuncti, vt in capellaniam ab eo constitutā conuertantur. Item, 13 quia † legatum hoc fuit per modum voluntatiæ conditionis relictum, ibi: *Mudare habito de casada ò monja,* quo casu non extenditur ad casum mortis, qui est multum dissimilis ætati, & mutationi status, ex doctrina Bartoli *in l. Gallus, §. & quid si tantum, ff. de liberis & Posthum.* communiter approbata, secundum Paris. *consilio 38. numero 24. & 87. num. 47. volum. 2.* & sic ad hæredem testatoris redibit, vt expresse tenet Socin. *consil. 5. per totum, volum. 3.* Item, quia tempus huius certæ ætatis apponitur substantiæ obligationis, & sic condi- 14 tionalis redditur dispositio, & non † transmittitur decedente legatario ante ætatem, *secundum Bartol. Socinum consil. 288. nu. 27. & 28. volumin. 2. & Crassum receptarum sententiarum. §. fideicommissum, quæst. 20. numero 2.* Hic autem substantiæ obligationis apparet appositam ætatem, quia tunc demum peti ab Antonia numos, ei per hunc testatorem relictos permittitur, quoties ad ætatem signatam deuenerit.

15 Quibus non obstat, quod † videtur in principio dictæ clausulæ testamenti, legatum hoc purè dictæ Antoniæ relinqui, ita vt quamuis postea tempus ætatis adijciatur præstationi & executioni eius, non conditio, sed exactio, in tempus legitimæ ætatis dilata videtur, & sic ad hæredem suum legatum hoc dicta Antonia transmittet, etiā si mortua esset ante ætatis tempus ei assignatum in d. clausula, ex tex. expresso *in leg. ex ijs verbis C. quando dies legat. ceda.* vbi ex eo id appendunt, gloss. Bart. Bald. Paulus & communiter Doctores & Tiber. Deci. *resp. 5. per totum, maximè, n. 4. vol. 3. & ex l. Seius Saturni. ff. ad Trebe.* Hic enim textus & supradictorum doctrina ex eo elicita non obstant: procedunt etenim, nisi tempus illius certæ ætatis exactioni appositum ac constitutum, conditionaliter apponatur, mediante aliqua clausula, dictione, aut verbo conditionem importantib⁹; 16 tunc † enim siue dispositioni, siue executioni, exactioni, aut solutioni, conditio apponatur, conditionale legatum dicitur; vt est tex. *in l. quibus diebus, §. quidam Titio ff. de cond. & demonstrat. tex. in leg. si seruus liber, ff. de statu liber.* & vtrobiq; Doctores, & gloss. & ibi omnes *in dicta leg. Seius Saturninus,* quam sequitur dicens eam non esse alibi Paulus *in dicta l. ex ijs. numero 2. & 4.* & communiter approbatum testatur Alexander *in eadem l. Seius,* idem Alexander, & Ias. & *in l. quodcunque, §. fin n. 2. fol. 75. ff. de verborum obligationi.* Ioannes Dilect⁹, *de arte testan. titulo 6. de legat. causa 54.* vbi id tenet expresse per tex. *in l cum testator, C. de manu. testa.* Antonius Gomez *tomo primo, cap. 5 nume. 26. in fine.* & post hæc vidi sic etiam asserentem Matien. *in l. 1. glos. 17 nu. 12. tit. 4. libro 5 recopilationis.* & Mantic. *de coniecturis vltimarum voluntatum, lib. 11. titul. 18. numero decimonono cum tribus sequentib.* vbi reprobat Bal. & iterum *in eodem libro 11. tit. 20. nume. 3. & 4.* & Crassus *recepta. senten. § fideicommissum, quæstione 20. nu. 4. & Celsus consilio 69. n. 1.* Et idem † dicen- 17 dum, si legati solutio differtur in diem non omnino venturum, *secundum Mantic. dicto titulo 18. nu. 20. & 21.* Item & quia quoties vnus debet adimpleri antequam percipiatur, emolumentum est conditio & non mod⁹, vt per plura iura probat Manti. *de coniecturis vltima, volun. lib. 10. tit. 5. n. 15. & Tiraq. in l. si vnquam, verbo susceperit, numero 205.* & Cranet. *consilio. 994. numero 7. volum. 6.* & per consequens in nostro casu eum conditionale legatum sit, nullo modo transmittitur ad hæredem legatarii, sed remanet potius apud bona defuncti, præsertim cum testator expresse prohibuerit, ne legatum hoc deueniret in patrem ipsius Antoniæ, *ibi: y no quiero que su padre entre en ellos.* Ex quibus videtur nullo modo penes patrem remanere debere, & sic voluisset testatorem, non esse locum transmissioni, prout † potest fieri, & iuberi per te- 18 statorem, vt transmissibile non transmittatur, *ex l. in conditionib⁹, §. 1. ff de condition. & demonst. vbi notant Imol. & Soci. & Manti. in d. lib. 11. tit. 20. nume. 18.* idque licet in nostro casu non esset vsquequaque indubitatum an voluerit testator impedire ex dictis verbis transmissionem, ex dictis tamen conditionibus impediuit, vt dictum est, ne transmissio fiat legataria moriente ante conditionis euentum. Ex quibus pars dictorum testamentariorum satis remanet fundata, maximè, quia leges illæ, & l. Seius Saturninus procederent, cum tempus non apponitur substantiæ legati, sed eius præstationi: tunc enim transmittitur; secus si substantiæ adijciatur; nam tunc non transmittitur, vt dictum est. Ita Doctores omnes in eisdem legibus, & Baldus optimè *in leg. si cui legatur, 4. oppositione, de leg. 1.* vbi inquit, tunc substantiæ legati adijci, quoties apponitur in eadem oratione, vt hic adijcitur, & sic cessant dictæ leges, & cum adest conditio indistinctè non transmittitur, vt dictum est.

Quibus quidem nihil obstat illud quod supra diximus, *ex l. si ita scriptum, ff. de manum. testamen. & l. libertate, eodem titulo, & ex Socino, in regula 310. numero 28. & Tiraquell. de priuileg. causæ piæ, priuileg. 57. & Mantic. vbi supra libro 6. titul. 3. num. 39. & 40.*

19 & 40. scilicet, quod † pium legatum ad certum ætatis tempus relictum debetur etiamsi ad ætatem illam non perueniatur: quoniam vltra quòd in nostro casu non est liquidatum, legatum esse pium, eo quod non est probatum; legatariam 20 hanc esse pauperem, & legatum † dotis & alimentorum non esse pium, nisi pauperi fiat, vt per Tiraquel. *de priuileg. causæ pia, in præfatione, pag. 10. cum tribus sequentibus, versi. item legatum alimentorum, cum sequentibus aliquibus*, quidquid aliud indistinctè dixerit Duennas *regul. 219. limitatione 11* 21 Nam illud † intelligitur ad pias causas relictum; in quo causa pietatis congruit personæ, cui relinquitur, secus aliàs, secundum Baldum *in leg. illud, nume. 1. C. de sacrosan. Eccles.* & Manti. *de coniectur. vltima. volunta. lib. 6. titul. 3. num. 18. & 21.* vbi in legato dotis & alimentorum tenet, & alibi, si bene 22 memini, dixi latius. Vltra hoc † enim dato sine præiudicio veritatis, quod esset in casu nostro hoc legatum pium, non est vera limitatio Socini, vbi sup. neque conuenit nostro casui, tum, quia tex. *in l. si ita scriptum*, loquitur quoties tempus certæ ætatis apponitur in persona alterius tertii, non vero, si in personam legatarii, quasi videatur dissimile, si in persona legatarii: nam eo mortuo extinguitur causa, propter quam pietas considerabatur in tali legato, & cessante causa cessat effe-23 ctus. Vbi † vero ætas in tertio consideratur, & attendenda est, ipso tertio mortuo non deficit pietas in persona legatarii considerata, ideo nimirũ, si non spiret legatũ per mortem huius tertii; tum etiam, quia speciale est in libertate, vt mortuo tertio illo ætati constituto, non spiret legatum libertatis superstite illo; cui est relicta, & hoc fauore libertatis, *vt inquit d. lex si ita scriptum, & ex d. l. 31. tit. 9. par. 6.* quasi secus sit in alio quam libertatis, legato etiam pio, prout ex illa met lege, *si ita scriptum*, clarissime deducitur: Ibi enim Sticho, cui libertas erat relicta, itidem fundus legatus erat, & cum illo tempore Stichus seruus esset, nihil possidere poterat, & sic pauperrimus erat, & per consequens legatum fundi etiam erat pium, & nihilominus probat textus ille, legatum libertatis valere, legatum vero fundi non; quia vt inquit ibi Consultus, nam fauore libertatis receptum est, vt mortuo Titio tempus superesse videatur, quo impleto libertas concedatur; circa legatum vero fundi defecisse conditionem videatur: imo & plus ibidem probatur, scilicet; 24 quod † quantumuis legatum pium relinquatur sub conditione certæ ætatis in simul cum legato libertatis, non gaudeat illud aliud legatum pium fauore illo, quo libertatis legatum gaudet, quasi fictio illa & impropria significatio, scilicet, quod mortuo Titio ætati constituto censeatur & adhuc viuere; vt libertas concedatur, non debeat extendi vltra legatum libertatis ad aliud legatum, etiam cum libertatis legato iunctum, ne demus improprietatem, vbi idem fauor non militat, & sic est ibi tex. clarus ad 25 declarationem regulæ illius, quod † vna determinatio respiciens plura determinabilia pariformiter eã determinet, *ex leg. iam hoc iure, ff. de vulgari*, optimè Alexander *consilio 26. voluminé 4.* vt 26 non † procedat, vbi non damus eandem rationem, *secundum vtrumque Imol. in leg. Caius, & Seius; ff. soluto matrimonio, & Iacob. de sancto Georg. in leg. quamuis; numero 29. Codic. de impuber. & aliis*, & per consequens cessat dicta obiectio, & vera non est illa fallentia & priuilegium Socini, cuicunque legato pio transmissionem concedentis, mortuo legatario ante ætatis aduentum: nam vltra libertatis legatum hoc non procedit, neque aliud probat dict. *l. si ita scriptum*, in qua Socinus se fundat: & alia iura quæ in contrarium facere videbãtur, allegata per Tiraquel. *de priuileg. causa pia, priuileg. 57. & 58.* loquuntur in conditione merè potestatiua, vel mixta, non verò in alia quę talis nõ est, in qua seruabitur dispositio dictæ *l. si ita scriptũ*: vel dici poterit, quod in præsenti aliæ apponuntur conditiones, quàm ætatis, quæ non sunt im-27 pletæ, & † cum tot apposuerit conditiones, ita vt testatorem velle adimpleri iudicandum sit, tunc neque legatum libertatis valebit, si non adimpleantur, *secundum glos. d. l. libertate ff. de manu. testamen. & ex l. si eiusdem tituli.* Neque ijs etiam obstat l. Imperator Antoninus, *ff. de liber. caus. ibi non autem liber efficitur, quã quod prius rationes reddat*: nam loquitur cũ ad libertatẽ seru⁹ reputatus proclamat. Et per consequens, cessãt dictę obiectiones; neque obsunt intẽtioni testamentarioru, pro quibus consului⁹. Vnũ tamen notabis pro complemento, 28 scilicet, quod † testatore aliquid alicui relinquẽte, cum legatarius ad ætatem legitimam peruenerit, si legatarius erat impubes, intelligitur vsque ad 14. annos, si verò erat pubes, vsque ad 25. *secundum Antonium Gomez. tomo 1. Variarum cap. 5. num. 28. & Matien. in l. 1. glos. 17. n. fi. tit. 4. lib. 5. recopil.* Item nota, 29 quòd † legatum relictum in euentum mutationis vitæ, debetur sequutã morte illius, cui relictum fuit, vt eo mutante statum, alteri tertio daretur, *vt per Socinum omnino videndum, consil. 5. in princip. vol. 3.*

CONSILIVM XXIII.

Nullitas euidens & notoria an impediat executionem trium sententiarum conformium, & ibidem nonnullæ referuntur nullitates, & de citationis defectu; & de erectione parochiarum.

SVMMARIA.

1 *Appellationis index, id est, Metropolitanus, non potest de causa cognoscere per nouam querelam vel petitionem, nisi per viam appellationis.*

2 *Nullitas proueniens ex defectu iurisdictionis non solũ opponitur contra carentem funditus iurisdictione; sed etiam quando processit in causa vt ordinarius; cum esset delegatus, vel è contrario, & n. 3. ampliatur.*

4 *Nullitati prouenienti ex defectu formæ non seruatæ non censetur ab aliquo renunciata.*

5 *Nullitas proueniens ex defectu citationis duobus proponitur modis.*

6. Citatiõ

INter Capitula cuiusdam ciuitatis nostri regni, saeculare scilicet capitulum contra Ecclesiasticum, fuit mota & ventilata lis magna, petente capitulo saeculari decurionum nomine ipsius ciuitatis & viciniorum contra dictum capitulum Ecclesiasticum, Decanum videlicet, & concapitulares alios, quod de nouo erigerentur aliae parochiae, vel lapsę repararentur, & quod ad sustentationem curatorum, ac clericorum aliorum, ibidem constituendorum congrui redditus assignarentur ex decimus & redditibus antiquis dictarũ parochiarum incorporatis in Episcopum, Decanum & Capitulum d. ecclesiarum, tempore, quo antiquae parochiae sunt consumptae, ex eo quod populo crescente erectio & renouatio dictarum parochiarum erant necessaria, & in tota hac lite Episcopus nunquam fuit citatus, nisi ad vltimam instantiam: & cum tres sententiae contra capitulum ecclesiasticum, & vltima earum etiam contra Episcopum latae essent, capitulum seculare corã iudice appellationis per episcopum & capitulum ecclesiasticum interpositae ab illa vltima sententia executionem dictarum trium sententiarum, tanquam conformium petebat; episcopo & capitulo reclamantibus, & asserentibus, esse nullas & iniustas, & quod exequi non poterant, & cum pars Episcopi & Capituli me in suum eligeret aduocatum, pro eis sequentia consideraui & allegaui in iure, & in duobus causę ventilationem consistere iudicaui.

Primum est, an dictae sententiae essent nullę & ex quibus.

Secundum, an cum nullae sint, executionẽ earum impediant nullitates allegatae, etiam si sint conformes & sententiae tres.

Et quoad primum fundatur nullitas haec ex defectu iurisdictionis Metropolitani in gradu primae appellationis cognoscentis à sententia Ordinarii dictae ciuitatis pro capitulo, & in eius fauorem declarantis, à qua pars Capituli saecularis appellauit, & Metropolitanus Episcopo non citato siue citato, vt liberius loquar, processit in causa, & condemnauit eos reuocando sententiã dicti ordinarii, qui † quidẽ Metropolitanus nullo 1 modo quoad Episcopum cognoscere poterat, nisi per viam appellationis, non autem per nouam querelam & petitionem, *ex dictis per Felin. & Deci. in c. in literis, colum. fin. de officio deleg. & Auend. cap. 6. per totum. n. 3. lib. 1. communis secundum eundem Felinum in cap. per tuas, colum. fin. de senten. excom. Vantius de nullit. tit. coram quo, numero. 20. & ex conc. Trid. [illegible] 24. de refor.*

refer. cap. 20. cassae omnes, &c. In praesenti tamen causa haec coram ordinario quoad Episcopum non fuit ventilata, neque introducta: ergo quoad eum coram Metropolitano introduci non potest, nec potuit ex vi appellationis: quoniam in prima instantia coram ordinario Episcopus non fuit citatus, neque auditus; ex vi autem nouae querelę & petitionis minus, quoniam Metropolitanus solũ per viam appellationis adiri potest: igitur ex defectu iurisdictionis fuit nulla Metropolitani sententia, & † nullitas haec opponi potest non solum quando iudex funditus caret iurisdictione, sed etiam quando processit in causa, vt ordinarius, cum esset delegatus, vel è contrario; vt in terminis inquit Franc. Becius *consil. 40. numero 7. ex Bart. in leg. 1. Codic. qui pro sua iurisd.* & ibidem ipse Becius ex Oriano & aliis ampliat, vt idem sit † si tantum allegetur, iurisdictionem esse suspensam: Metropolitanus autem non poterat tanquam ordinarius primae instantiae procedere, sed solum tanquam iudex appellationis, & per consequens nulla sunt ab eo gesta, & † nullitati ex defectu formae seruandae prouenienti nõ censetur renunciatum, *vt per eundem Fran. Becium, consil. 12. n. 57. & 58.* Et haec quo ad nullitatem primam.

Secunda † nullitas est ex defectu citationis, & haec duob⁹ ponitur modis, qui ambo hic concurrunt: primo modo defuit citatio in persona Episcopi, vel procuratoris habentis sufficiens mandatum: secundo modo quando non fuit legitimè facta, vt de vtroque est text. *in leg. 1. §. item cum ex edicto, ibi, quod nec propositum est, neque in notitiam peruenit, ff. quae sententia sine appellatione rescind.* & vtraque harum formarum per processum apparet, & prima etiam per abnegationem, vt optimè de ijs per Vantiũ vbi supra, *titulo de nullitat. ex defect. citatio. numero 11. cum sequentibus pluribus.* Hic tamen Episcopus non fuit citatus in prima, neque in secunda instantia, & sic nihil cum eo actum est. Ex † ordine enim citationis & eius substãtia, prius quis est personaliter citandus, postea domi, & demum per edictum, & iste est ordo à iure traditus, vt inquit Bartolus & alii *in leg. 4. §. praetor, ff. de damno infecto, versi. sed quid si iudex, & in l. scire oportet, §. oporteret el i. de excusatio. tutor, & in authen. de exhibend. reis. §. si verò quidam etiam iuret, cum concordantibus, vt per Alexandrum consi. 2. in prin. volum. 3. & consil. 46. num. 3. volum. 5. Ancha. consil. 6. in fin. Paul. consil. 276. consil. 1. vol. 2. Roma consi. 320. col. 3. Deci. consil. 449. n. 5.* nam † vbi quis certus est, nõ solum est necessaria citatio, sed etiamsi non sit certus, dummodo citari faciens certificari possit, *secundum Alexandrum consil. 106. col. fin. volum. 5. Rolan. consil. 9. nu. 9. vol. 1.* etiamsi † in longinquo esset citandus, debet citari, *vt per Vantium de nullitat. tit. ex defectu cita. nume. 118.* At qui in praesenti Episcopus non fuit personaliter citatus, nec domi; ergo non valuit citatio, si quae facta fuisset, adeo vt nec per edictum citari possit, secundum Barto. *in extraua. ad reprimen. numero 2. & 3.* vbi concludit, quod si aliter citetur quisquàm personaliter, vel per literas, si sit in aliena iurisdictione, dicetur citans grauare partem, & † per iudicẽ appellationis omnia rescindentur, tanquã facta super citatione inualida. Idẽ tenet Oldrat. *consi. 44. q. 9. & Ias. con. 86. numero 12. in fine, vol. 3. Gramma. in fine decisionum suarum, consilio 1. nume. 6.* praesertim cum faciliter potuisset Episcopus citari, quia Romae aderat, vbi quotidie nuncii ibant & redibant: Item & citatio, maximè in rebus arduis, semper fit in persona, citatio † verò contra stylum facta, nulla est, neque afficit citatum, *vt dixi in leg. 3. numero 42. titul. 3. lib. 4. recopilationis, & in leg. 15. numero 5. eodem titul. & lib.* Item † & illegitimè facta citatio totum processum, & sententiam ipsam annullat, etiamsi per Principem procedatur, vt notatur *in cap. 1. de causa possess. & proprie. in clem. pastoralis, de re iud.* & habetur per Bald. *in leg. fin. Codic. de legib. & in authentica, si omnes, per illum tex. à contrario sensu, colum. 2. versic. deinde nota, Codic. si vi se ab haere. abstinen. & in cap. quoniam contra, colum. 6. de prob.* vbi quod † sententia praecedente citatione nulla, est nulla, Bald. *in leg. si vt proponis, colum. 2. versic. deinde nota, Codic. quomodo, & quando iud. & in leg. 1. post principium, Codic. ne ex delict. defunct.* & est bona gloss. *in leg. si accusatoribus; in gloss. fin. Codic. de accusatio.* Nam † illegitimè citat⁹ compàrere non tenetur, vt inquit gloss. *in cap. in causis in versi. venire, de offi. delega. gloss. in cap. statutũ §. in nullo verbo, citet partes, de rescript. in 6. &* pariter gloss. fin. *in cap. veniens, de accusatio nibus, tradit Ias. in rub. n. 6. & sequentib. ff. de in ius vocan. & Afflictus decis. 366. colum. penul.* Paria † enim sunt aliquid non facere vel facere, sed illegitimè, *leg. 2. ff. de excusatio. tuto. leg. fin. Codic. de arbi. tut. leg. 3. §. tutorem. ff. de suspect. tuto. cap. 1. de translatione praelato. cum concordantiis, de quibus per Felinum, in cap. gratum n. 4. de officio delega. & in c. illud. 2. & 3. col. de rescrip.* & in specie de citatione illegitimè facta, tradit Bal. *consil. 214. in fin. vol. 4.* Ias. *in §. poenales. nu. 30. instit. de actioni.* & probat tex. *in leg. quoties, ff. qui satisd. cogan. Paris. consilio 32. numero 8. vol. 3.* Quae † procedunt in quocunque crimine etiam laesae maiestatis, *vt per Gigantem in tractatu de crimine laesa maiest. sub rubri. qualiter procedatur, quaest. 6. numero 1.* Non † enim potest princeps tollere hanc solemnitatem, *vt & per Clarum lib. 5. receptarum sent. §. fi. q. 31 in prin. & versic. Adde,* & sic si † citatio ab inferiore illegitimè facta sit, non poterit etiam Princeps confirmare processum nullum ex defectu legitimae citationis, vt per plura comprobat Hypol. *singul. 79. incip. confirmatio superioris, num. 3.* quae itidem procedunt, etiamsi summariè procedatur, *vt notatur in dicta clementina Pastoralis, & Bartolus in extrauagan. ad reprimendum, verb. figura,* & ideo † non citato legitimè non possunt auferri bona, *vt per Gigantem vbi sup. sub rub. de pluri. & vari. quaestio. quaestione 1.* Hic tamen nulla fuit facta citatio, & dato quòd fuerit, non fuit legitimè facta, quia non facta in persona Episcopi, neq; facta procuratori suo. Igitur processus, & sententiae nullae sunt, nec censentur vllo modo confirmatae, imo neque confirmari poterunt, etiam per Principem, vt dictum est: Praemaximè, quòd Episcopus ipse erat omnino citandus, non verò capitulum suum, quia † ille cui negotium principaliter tangit, est

citandus, non verò ille, cui secundario, vel in consequentiam, *leg. nam ita Diuus, & ibi scribentes, ff. de adoptionib. leg. 1. §. denunciari, ff. de vent. inspicien.* & sic inquit Bald. *in l. ab eo. Codic. quomodo, & quando iudex*, quod pro validitate & substantia iudicii, 20 is† solum citandus est contra quem petitio dirigitur, latè tradit Felinus relatus & sequutus per Vantium, *de nullita. tit. ex defect. cita. numero 19. Tiraquel. in tracta. res inter alios acta, nume. 5. cum sequentibus pluribus.* Episcopo tamen principaliter competit cura animarum, quia ipse in suo episcopatu 21 est vniuersalis parochus & ad † eum spectat Ecclesiarum omnium suæ diœcesis cura, *can. omnes basilica, 16. quæst. 7. can. regenda, 10. quæst. 1. leg. 1. tit.* 22 *10. pag. 1.* & sic † omnes de diœcesi possunt appellari parochiani suorum prælatorum, vel episcoporum, *cap. parochianos, de senten. excommunica. cap. 1. de raptoribus, cap. ad Apostolicæ, de donatio. cap. 2. de pœnis, cap. nos inter, vbi Maria. Soc. numero secundo, de purga. cano. cap. peruenit, cap. nuncios, iuncta supra scriptione, de decimis, cap. ad Apostolica, eodem* 23 *titul.* Item episcopo † competit erectionis parochiarum diligentia, *vt in decreto 7. & 8. sessionis 7. de reform. Conc. Trid.* Ergo ipse, & non capitulum, citandus erat, & per consequens nulla sunt omnia, etiam quæ cum capitulo acta sunt. Nam 24 erectio parochiarum est quid facti, & facta † indiuidua sunt: quia nisi totum fiat, pars eius non adfert tantam vtilitatem respectu partis, sicut totũ respectu totius, & sic indiuiduitas datur, *vt per Bar. & omnes in leg. 4. §. Cato. ff. de ver. oblig. & per Ant. Gom. tom. 2. varia. cap. de indiuid.* & in eis non potest exequi sententia etiam contra citatos, sed 25 potius petitio non citati suspenditur. Et † iudicium cum eo agitatum prodest etiam citato, *secun-* 26 *dum Bal. per tex. ibi in cap. fin. de maior. & obe.* & † socius in indiuiduis gaudet priuilegio & prærogatiua socii, *ex tex. & eius materia in leg. si communem, ff. quemad. seru. amit.* de quo diximus *in consilio 21. numero 27. sup.* & sic declarabis dicta per Vantium *vbi supr. titul. quot, & quib. mod. numero 123. cum sequen.*

Tertia vero nullitas dictarum sententiarum consistit ex notorietate processus & iniusti- 27 tia earum, quæ quidem † nullitas notoria inducit ipso iure nullitatẽ, si sententia ad acta causæ se referat, vt quotidie se referunt, vt vltra allegatos per me, *in l. 2. tit. 17. lib. 4. recop. n. 34.* dicit communem & verãm Alex. *consilio 113. numero 7. vol. 1.* & Ant. Gabr. *in suis communib. tit. de senten. concl. 10. nu.* 28 *6. cum sequen.* amplians & limitans, & sic † stante tali nullitate non potest exequi sententia, *secundum Tiber. Decia. respon. 45. numero 5. & 6. volum. 1.* 29 & etiam † contra tres sententias conformes opponi potest, *secundum Felinum in cap. de cætero, num. 4. de re iud. & Auenda. de exceptio. in fine, & Mexia vbi sup. fol. 69. numero 54. & Ant. Graua. optimè in addit. ad practi. Octauia. Vestri. libro 8. cap. 1. numero 28. versi. secundo verò. fol. 234. & Menoch. de arbi. centuria. 1. casu. 9. numero 2.* & optimè Anton. Gab. *vbi sup. titu. de execu. rei iud. conclu. 1. numero 8.* vbi *numero 11.* idem dicit de notoria iniustitia, vt & tenet Mascar. *de probatio. tomo. 2. conclu. 1115. numero 5. & 6. fol. 369.* vbi *in numero 8. & 9.* inquit, quomodò 30 † tunc dicetur in continenti constare, & inquit, quòd per abnegationem, puta, quia nego me fuisse citatum vt & supra dictum est; Vel † ex eis- 31 dem actis, vt inquit Menoch. *dict. num. 2.* vt & inquit Fran. Beccius *consil. 40. n. 2. & 3.* communis secundum Coua. *in practi. capi. 25. nu. 2. & Mexiam in dict. leg. de Toledo, in responso ad secundum fundamentum, 1. par. n. 26. 27. 52. & 54. & Caputacen. in deci. Rotæ, 38. partis 2. & Lancel. de attenta. 2. par. cap. 12. limitatio. 8. numero 26. pag. 236.* imo & † tunc merus 32 executor supersedit in executione, vt dixi *in dicta leg. 2. num. 35. & Menoch. de arbitr. libro. 1. quæst. 38. per totam, maximè numero 22.* & Lancello, *dicta 2. par cap. 17. numero 116. cum 2. sequen. pag. 337.*

Neque obstat l. 4. tit. 17. lib. 4. recopi. nam illa est specialis dispositio, vt ibi dixi *num. 1. & in princip. illius leg.* & sic non obstat nostro intentui; iniustitia † enim euidens extra casus illius leg. *2.* 33 æquiparatur nullitati notoriæ, *vt per Cephalum consilio 212. cum tribus sequentibus volum. 1.* & sic etiam contra tres sententias opponitur, *vt singulariter per Celsum consi. 87 per totum.* Hic tamen sententiæ se ad acta processus referunt, & sufficit, si generaliter tantum se referant, *secundum Gabrielem vbi sup. numero 11. & 12.* ex quibus actibus constat nullitas, & itidem notoria iniustitia, tùm, quia deficit iurisdictio Metropolitani, & itidem citatio Episcopi, tunc etiam, quia non est in processu probatum, adesse aliquam ex iuris necessitatibus ad construẽdas nouas parochias, vel consumptas erigendas, quia non adest distantia loci, non adest periculum, non † augmentum parochianorũ, 34 prout requiritur, vt fiant nouæ parochiæ, *ex ca. ad audientiam, t. de Eccles. ædifi. & ex dictis decretis Concilii Tridentini, & ex optima l. 9. tit. 10. part. 1.* præsertim cum id esset in præiudicium prælatorum & curatorum antiquorum, quod fieri non potest ex eisdem iuribus. Igitur cessantibus ijs necessitatibus notoriè constat de iniustitia dictarum sententiarum, & ex sententia Metropolitani clarius apparet, dum dixerit, quod de præsenti cessat necessitas erigendi parochias has. Verum cum ea adesset, ex tunc prouidet per erectionem dictarum parochiarum, quasi si ipse esset iudex futurorum, & tractus futuri temporis ad eum spectaret, cum non spectent ex iuris regula. Et cum sententia hæc Metropolitani nulla sit, omnes aliæ sententiæ eam confirmantes nullæ itidem sunt, & relatum † inest in referente, & referens 35 in relato cum omnibus suis qualitatibus, *ex l. asse toto, ff. de hæredib. instituen.* & sic sententiæ confirmantes non possunt habere maius robur & maiorem vim, quàm confirmata, vt in terminis tenet Celsus, *d. con. 87. n. fi.* Item, quoties † nullitas nõ con- 36 sistit in sola ipsa sententia sed & in processu, nullũ robur tribuit confirmatio postea facta, vt in expresso tenet Rollan. Valle *con. 41. n. 20. cum duobus sequentibus vol. 1.* & annullato fundamẽto omnia inde sequuta corruunt, *ex l. cum principale ff. de reg. iur. l. 56. col. 2. ti. 5. par. 5. & ibi gl. nouale, latè Ripa. in l. ita stipulatus n. 34. cum seq ff. de verb. oblig.* & sic vbi † com- 37 promissum est nullum, itidem & eius proroga-

rogatio, *secundum glo. 1. in l. 27. tit. 4. par. 3. vbi glo. optima infert*, contractuq; † simulato existente, qualibet eius clausula simulata censetur, *secundum Romanum con. 246. n. 2.* Cumque sententiæ dictæ sint nullæ, nullam merentur executionem, ex iuribus allegatis per Corne. *consi. 208. n. 2. vol. 3.* Sententiaque † nulla nunquam transit in rem iudicatam, *secundum Cephalum consi. 212. n. 47. & consi. 263. num. 3. vol. 2.* Nec † tribuit ius, nec censetur quid ex ea factum, *vt per Messiam in leg. de Toledo, fol. 60. numero 28.*

Quibus sic constitutis, asserendum est, quod † ex qualibet harum causarum & nullitatum, & maximè, simul iunctarum, impeditur executio etiam trium conformium sententiarum, vt in prima nullitate ex defectu iurisdictionis dixi *in l. 2. tit. 17. lib. 4. recopil. n. 27.* & receptissimam testatur Francis. Beccius *consi. 99. n. 32. & consi. 40. n. 7. & per Gabrielem in suis communibus, tit. de statutis, concl. 3.* & idem † est in illa, quæ ex defectu citationis procedit, *vt per eundem Gabrielem tit. de executione rei iudicatæ, conclus. 1. n. 30.* idem † est in nullitate notoria vel ex iniustitia ex eisdem actis apparente, *secundū Cephalum vbi sup. & Celsum d. con. 87. per totum.* Præmaximè cum Breue Apostolicū, cuius virtute iudex procedit ex partium consensu concessum fuit super alio Breui ad alium iudicem misso ad exequēdas dictas sententias, & † quando Princeps vel iudex supremus committit causam appellationis ex certa scientia post tertiam sententiam, impeditur executio, *vt per Gabr. d. concl. 1. n. 35. & Lancel. de attenta. pag. 233. n. 11. & 12.* præsertim † cum sit tale Breue concessum absque clausula, sine retardatione executionis, vel si quid erit exequendū, exequatur, quam clausulam necessario habebat continere, vt intelligeretur velle cōcedentem exequi posse, *secundum Vantium, de nullitat. tit. quotiel, & intra quod tempus. n. 6. & 7. & melius in tit. quot. & quib' modis nulli inten. n. 30.* Et vltra hoc, si parochiæ dictæ constituerentur semel, esset damnum irreparabile, si post per sententiā declararetur non esse construendas, imo & fructus percepti restitui nō possent, quo † casu etiam in instantia nullitatis nō est facienda executio, *vt per Couarr. d. c. 25. n. 2. in fi. & Gabr. vbi sup. n. 21. & Lancel. vbi sup. pag. 152. num. 134.*

Ex quibus clare deducitur, dictas sententias non esse exequendas, sed potius annullandas, & super principali causa pronunciandum, vt de iure faciendum est, ex dictis supra, & per Auen. *in tit. de las compannias, n. 38. in prin. & per me in dict. l. 2. titul. 17. lib. 4. noua recopilationis.*

Quibus non obstat dicere, nullitates has iam in gradu appellationis fuisse introductas & decisas, cum appellationibus ipsis, quoniam id non fuit decisum in sententiis, neque in eis declaratum super hoc, etsi quæ † nullitates fuerunt allegatæ cum appellationibus, id incidenter factum fuit: nunc autē principaliter agitantur, quod fieri potest, *vt per Couar. in practi. cap. 24. n. 8. & Van. de nullit. tit. quot. & quibus modis, per totum.* Item & † contra supradicta ex parte Episcopi & capituli est petita restitutio contra dictas sententias ob læsionem ex eis ipsi episcopo prouenientem, & eius dignitati & capitulo, & apparet ex actis processus de dicta [illegible]one, & sic impeditur earum executio, vt per Salicetum & plures relatos per Oros. *in l. si feriatis, nu. 10. colum. 712. ff. de feriis*, communemque testatur, quoties ex actis, vel in continenti constiterit de læsione, *Anton. Grauatius in additio ad pract. Chancel. Otauia. Vestri. libro octauo, cap. primo, numero 29. & Menoch. de arbit. centuria prima, casu nono, numero tertio.* Idque † adeo verum est, quod etiam si executio petita fuerit tempore quo restitutio petitur, admittenda est, & impedit executione trium conformium sententiarum, *secundum Tiberi. Decian. Responso 45. numero 24. & 27. libro primo.* Nam remedio † restitutionis in integrum, nunquam intelligitur derogatum, nisi de eo fiat specialis mentio, semperque competit minori vel priuilegiatæ personæ, nisi contrarium à iure reperiatur expressum, *secundum Francis. Beccium, con. 12. numero 68. cum sequentibus aliquibus*, maxime si & in instantia restitutionis daretur damnum irreparabile: nam tunc cessat executio, sicut & in nullitate dictum est, *vt per Lancello. vbi supr. pagina 152. numero 135. cum sequentibus*, & Ioan. Garsia *in commento de nobilit. gloss. 6. §. 2. numero 23.* vbi à *numero 17.* id examinat, de executione impediendā ex vi restitutionis petitæ & ex ijs satis tuta ac defensata remanet pars Episcopi & capituli.

CONSILIVM XXIV.

Mulierum appellatione an virgines etiā infantes contineātur: & virginibus & viduis concurrentibus in eodem gradu & paritate quæ præferantur: & an fœminæ consanguineæ propinquiores præferantur consanguineis legitimis remotioris gradus, & vocatis pauperioribus an admittantur pauperes, & in eadem paupertate, an viduæ vxoratis præferantur: & an patronus posit præsentare filiam suam naturalem seu spuriā: & an fœmina patrona posit se ipsā nominare: & si non adsunt in vno gradu requisitæ à testatore ad præsentationē, an sint præferendæ sequentes in gradu, & an ciues exteris præferantur.

SVMMARIA.

1 *Mulieris nomine qua contineantur, & numero 2. & 3. ibidem an in legato pro maritandis admittatur non nubilis ætatis.*

4 *Pauperes illi præferuntur aliis concurrentibus, qui ad mendicandum sunt impediti, Vbi remissiuè quis dicatur pauper.*

5 *Legatum virginibus relictum sub conditione, vt nuptias contrahant debetur eis, etiam si contraxerint matrimonium.*

6 *Periculum vbi maius est, ibi cautius agendum & adaptatur*

citandus, non verò ille, cui secundario, vel in consequentiam, *leg. nam ita Diuus, & ibi scribentes, ff. de adoptionib. leg. 1. §. denunciari, ff. de vent. inspicien.* & sic inquit Bald. *in l. ab eo. Codic. quomodo, & quando iudex*, quod pro validitate & substantia iudicii, 20 is † solum citandus est contra quem petitio dirigitur, latè tradit Felinus relatus & sequutus per Vantium, *de nullita. tit. ex defect. cita. numero 19. Tiraquel. in tracta. res inter alios acta, nume. 5. cum sequentibus pluribus.* Episcopo tamen principaliter competit cura animarum, quia ipse in suo episcopatu 21 est vniuersalis parochus & ad † eum spectat Ecclesiarum omnium suæ diœcesis cura, *can. omnes basilicæ, 16. quæst. 7. can. regenda, 10. quæst. 1. leg. 1. tit.* 22 10. *pag.* 1. & sic † omnes de diœcesi possunt appellari parochiani suorum prælatorum, vel episcoporum, *cap. parochianos, de senten. excommunica. cap. 1. de raptoribus, cap. ad Apostolica, de donatio. cap. 2. de pœnis, cap. nos inter, vbi Maria. Soc. numero secundo, de purga. cano. cap. peruenit, cap. nuncios, iuncta supra scriptione, de decimis, cap. ad Apostolica, eodem* 23 *titul.* Item episcopo † competit erectionis parochiarum diligentia, *vt in decreto 7. & 8. sessionis 7. de reform. Conc. Trid.* Ergo ipse, & non capitulum, citandus erat, & per consequens nulla sunt omnia, etiam quæ cum capitulo acta sunt. Nam 24 erectio parochiarum est quid facti, & facta † indiuidua sunt: quia nisi totum fiat, pars eius non adfert tantam vtilitatem respectu partis, sicut totũ respectu totius, & sic indiuiduitas datur, *vt per Bar. & omnes in leg. 4. §. Cato. ff. de ver. oblig. & per Ant. Gom. tom. 2. varia. cap. de induid.* & in eis non potest exequi sententia etiam contra citatos, sed 25 potius petitio non citati suspenditur. Et † iudicium cum eo agitatum prodest etiam citato, *secun-* 26 *dum Bal. per tex. ibi in cap. fin. de maior. & obe.* & † socius in indiuiduis gaudet priuilegio & prærogatiua socii, *ex tex. & eius materia in leg. si communem, ff. quemad. seruit. amit.* de quo diximus *in consilio 21. numero 27. sup.* & sic declarabis dicta per Vantium *vbi supr. titul. quot, & quib. mod. numero 123. cum sequen.*

Tertia vero nullitas dictarum sententiarum consistit ex notorietate processus & iniusti-27 tia earum, quæ quidem † nullitas notoria inducit ipso iure nullitatẽ, si sententia ad acta causæ se referat, vt quotidie se referunt, vt vltra allegatos per me, *in l. 2. tit. 17. lib. 4. recop. n. 34.* dicit communem & veram Alex. *consilio 113. numero 7. vol. 1.* & Ant. Gabr. *in suis communib. tit. de senten. concl. 10. nu.* 28 *6. cum sequen.* amplians & limitans, & sic † stante tali nullitate non potest exequi sententia, *secundum Tiber. Decia. respon. 45. numero 5. & 6. volum. 1.* 29 & etiam † contra tres sententias conformes opponi potest, *secundum Felinum in cap. de cætero, num. 4. de re iud. & Auenda. de exceptio. in fine, & Mexia vbi sup. fol. 69. numero 54. & Ant. Graua. optimè in addit. ad practi. Octauia. Vestri. libro 8. cap. 1. numero 28. versi. secundo verò. fol. 234. & Menoch. de arbi. centuria. 1. casu. 9. numero 2.* & optimè Anton. Gab. *vbi sup. titu. de execu. rei iud. conclu. 1. numero 8.* vbi *nu. 11.* idem dicit de notoria iniustitia, vt & tenet Mascar. *de probatio. tomo. 2. conclu. 1115. numero 5. & 6. fol. 369.* vbi *in numero 8. & 9.* inquit, quomodò 30 † tunc dicetur in continenti constare, & inquit, quòd per abnegationem, puta, quia nego me fuisse citatum vt & supra dictum est; Vel † ex eis- 31 dem actis, vt inquit Menoch. *dict. num. 2.* vt & inquit Fran. Beccius *consil. 40. n. 2. & 3.* communis secundum Coua. *in practi. capi. 25. nu. 2. & Mexiam in dict. leg. de Toledo, in responso ad secundum fundamentum, 1. par. n. 26. 27. 52. & 54. & Caputacen. in deci. Rotæ, 38. partis 2. & Lancel. de attenta. 2. par. cap. 12. limitatio. 8. numero 26. pag. 236.* imo & † tunc merus 32 executor supersedit in executione, vt dixi *in dicta leg. 2. num. 35. & Menoch. de arbitr. libro. 1. quæst. 38. per totam, maximè numero 22.* & Lancello, *dicta 2. par cap. 17. numero 116. cum 2. sequen. pag. 337.*

Neque obstat l. 4. tit. 17. lib. 4. recopi. nam illa est specialis dispositio, vt ibi dixi *num. 1. & in princip. illius leg.* & sic non obstat nostro intentui; iniustitia † enim euidens extra casus illius leg. *2.* 33 æquiparatur nullitati notoriæ, *vt per Cephalum consilio 212. cum tribus sequentibus volum. 1.* & sic etiam contra tres sententias opponitur, *vt singulariter per Celsum consi. 87 per totum.* Hic tamen sententiæ se ad acta processus referunt, & sufficit, si generaliter tantum se referant, *secundum Gabrielem vbi sup. numero 11. & 12.* ex quibus actibus constat nullitas, & itidem notoria iniustitia, tùm, quia deficit iurisdictio Metropolitani, & itidem citatio Episcopi, tunc etiam, quia non est in processu probatum, adesse aliquam ex iuris necessitatibus ad construẽdas nouas parochias, vel consumptas erigendas, quia non adest distantia loci, non adest periculum, non † augmentum parochianorũ, 34 prout requiritur, vt fiant nouæ parochiæ, *ex ca. ad audientiam, t. de Eccles. ædifi. & ex dictis decretis Concilii Tridentini, & ex optima l. 9. tit. 10. part. 1.* præsertim cum id esset in præiudicium prælatorum & curatorum antiquorum, quod fieri non potest ex eisdem iuribus: Igitur cessantibus ijs necessitatibus notoriè constat de iniustitia dictarum sententiarum, & ex sententia Metropolitani clarius apparet, dum dixerit, quod de præsenti cessat necessitas erigendi parochias has. Verum cum ea adesset, ex tunc prouidet per erectionem dictarum parochiarum, quasi si ipse esset iudex futurorum, & tractus futuri temporis ad eum spectaret, cum non spectent ex iuris regula. Et cum sententia hæc Metropolitani nulla sit, omnes aliæ sententiæ eam confirmantes nullæ itidem sunt, & relatum † inest in referente, & referens 35 in relato cum omnibus suis qualitatibus, *ex l. asse toto, ff. de hæredib. instituen.* & sic sententiæ confirmantes non possunt habere maius robur & maiorem vim, quàm confirmata, vt in terminis tenet Celsus, *d. con. 87. n. fi.* Item, quoties † nullitas nõ con 36 sistit in sola ipsa sententia sed & in processu, nullũ robur tribuit confirmatio postea facta, vt in expresso tenet Rollan. Valle *con. 41. n. 20. cum duobus sequentibus vol. 1.* & annullato fundamẽto omnia inde sequuta corruunt, *ex l. cum principale ff. de reg. iur. l. 56. col. 2. ti. 5. par. 5. & ibi gl. nouale, latè Ripa. in l. ita stipulat⁹ n. 34. cum seq ff. de verb. oblig.* & sic vbi † com- 37 promissum est nullum, itidem & eius proroga-

rogatio, *secundum glo. 1. in l. 17. tit. 4. par. 3. vbi glo. optima infert*, contractuq; † simulato existente, qualibet eius clausula simulata censetur, *secundum Romanum con. 246. n. 2.* Cumque sententiæ dictæ sint nullæ, nullam merentur executionem, ex iuribus allegatis per Corne. *consi. 208. n. 2. vol. 3.* Sententiaque † nulla nunquam transit in rem iudicatam, *secundum Cephalum consi. 212. n. 47. & consi. 263. num. 3. vol. 2.* Nec † tribuit ius, nec censetur quid ex ea factum, *vt per Messiam in leg. de Toledo, fol. 60. numero 28.*

Quibus sic constitutis, asserendum est, quod † ex qualibet harum causarum & nullitatum, & maximè, simul iunctarum, impeditur executio etiam trium conformium sententiarum, vt in prima nullitate ex defectu iurisdictionis dixi *in l. 2. tit. 17. lib. 4. recopil. n. 17.* & receptissimam testatur Francis. Beccius *consi. 99. n. 32. & consi. 40. n. 7. & per Gabrielem in suis communibus, tit. de statutis, concl. 3.* & idem † est in illa, quæ ex defectu citationis procedit, *vt per eundem Gabrielem tit. de executione rei iudicatæ, conclus. 1. n. 30.* idem † est in nullitate notoria vel ex iniustitia ex eisdem actis apparente, *secundũ Cephalum vbi sup. & Celsum d. con. 87. per totum.* Præmaximè cum Breue Apostolicũ, cuius virtute iudex procedit ex partium consensu concessum fuit super alio Breui ad alium iudicem misso ad exequẽdas dictas sententias, & † quando Princeps vel iudex supremus committit causam appellationis ex certa scientia post tertiam sententiam, impeditur executio, *vt per Gabr. d. concl. 1. n. 35. & Lancel. de attenta. pag. 233. n. 11. & 12.* præsertim † cum sit tale Breue concessum absque clausula, sine retardatione executionis, vel si quid erit exequendũ, exequatur, quam clausulam necessario habebat continere, vt intelligeretur velle cõcedentem exequi posse, *secundum Vantium, de nullitate, tit. quoties, & intra quod tempus. n. 6. & 7. & melius in tit. quot. & quib^9 modis nulli inten. n. 30.* Et vltra hoc, si parochiæ dictæ construerentur semel, esset damnum irreparabile, si post per sententiã declararetur non esse construendas, imo & fructus percepti restitui nõ possent, quo † casu etiam in instantia nullitatis nõ est facienda executio, *vt per Couarr. d. c. 25. n. 2. in fi. & Gabr. vbi sup. n. 21. & Lancel. vbi sup. pag. 152. num. 134.*

Ex quibus clare deducitur, dictas sententias non esse exequendas, sed potius annullandas, & super principali causa pronunciandum, vt de iure faciendum est, ex dictis supra, & per Auen. *in tit. de lasc. ompannia, n. 38. in prin. & per me in dict. l. 2. titu. 17. lib. 4. noua recopilationis.*

Quibus non obstat dicere, nullitates has iam in gradu appellationis fuisse introductas & decisas, cum appellationibus ipsis, quoniam id non fuit decisum in sententiis, neque in eis declaratum super hoc, etsi quæ † nullitates fuerunt allegatæ cum appellationibus, id incidenter factum fuit: nunc autẽ principaliter agitantur, quod fieri potest, *vt per Couar. in practi. cap. 24. n. 8. & Van. de nullit. tit. quot & quibus modis, per totum.* Item & † contra supradicta ex parte Episcopi & capituli est petita restitutio contra dictas sententias ob læsionem ex eis ipsi episcopo prouenientem, & eius dignitati & capitulo, & apparet ex actis processus de dicta [illegible] one, & sic impeditur earum executio, vt per Salicetum & plures relatos per Oros. *in l. si feriatis, nu. 10. colum. 712. ff. de feriis*, communemque testatur, quoties ex actis, vel in continenti constiterit de læsione, *Anton. Grauatius in additio. ad pract. Chancel. Otauia. Vestri. libro octauo, cap. primo, numero 29. & Menoch. de arbit. centuria prima, casu nono, numero tertio.* Idque † adeo verum est, quod etiam si executio petita fuerit tempore quo restitutio petitur, admittenda est, & impedit executione trium conformium sententiarum, *secundum Tiberi. Decian. Responso 43. numero 24. & 27. libro primo.* Nam remedio † restitutionis in integrum, nunquam intelligitur derogatum, nisi de eo fiat specialis mentio, semperque competit minori vel priuilegiatæ personæ, nisi contrarium à iure reperiatur expressum, *secundum Francis. Beccium, con. 12. numero 68. cum sequentibus aliquibus*, maxime si & in instantia restitutionis daretur damnum irreparabile: nam tunc cessat executio, sicut & in nullitate dictum est, *vt per Lancello. vbi supr. pagina 152. numero 135. cum sequentibus*, & Ioan. Garsia *in commento de nobilit. gloss. 6. §. 2. numero 23.* vbi à numero 17. id examinat, de executione impedienda ex vi restitutionis petitæ & ex ijs satis tuta ac defensata remanet pars Episcopi & capituli.

CONSILIVM XXIV.

Mulierum appellatione an virgines etiã infantes contineatur: & virginibus & viduis concurrentibus in eodem gradu & paritate quæ præferantur: & an fœminæ consanguineæ propinquiores præferantur consanguineis legitimis remotioris gradus, & vocatis pauperioribus an admittantur pauperes, & in eadem paupertate, an viduæ vxoratis præferantur: & an patronus possit præsentare filiam suam naturalem seu spuriã: & an fœmina patrona possit se ipsã nominare: & si non adsunt in vno gradu requisitæ à testatore ad præsentationẽ, an sint præferendæ sequentes in gradu, & an ciues exteris præferantur.

SVMMARIA.

1 *Mulieris nomine quæ contineantur, & numero 2. & 3. ibidem an in legato pro maritandis admittatur non nubilis ætatis.*

4 *Pauperes illi præferuntur aliis concurrentibus, qui ad mendicandum sunt impediti, Vbi remissiuè quis dicatur pauper.*

5 *Legatum virginibus relictum sub conditione, ne nuptias contrahant debetur eis, etiam si contraxerint matrimonium.*

6 *Periculum vbi maius est, ibi cautius agendum & adaptatur*

TEstator quidam naturalis huius nostræ Placentinæ ciuitatis moriens in partibus remotis inter alias sui testamenti clausulas, duas sequentes formauit & reliquit.

Iten mando, que en cada vn anno para siempre jamas den de la dicha mi renta al quitar mil ducados à dos mugeres de mi linage las mas cercanas y pobres, à cada vna quinientos, para ayuda à su remedio, y estas dadas sede à otras mas propinquas y pobres successiuamente, y faltando las tales mugeres de mi linage, esta propria charidad y limosna, se de à dos donzellas pobres y de padres honrados de la ciudad de Plasencia.

Item alia clausula dixit.

Declaro y mando, que el dicho mi hermano, y los dichos sus herederos (quos in patronos huius memoriȩ nominauit) *presenten en cada vn anno al Cabildo de la ciudad de Placencia quatro mugeres parientas en vn grado si las vuiere, para que el dicho Cabildo elija dos dellas las mas necessitadas y benemeritas, para que se de la dicha limosna, y en defecto de parientas, presente quatro donzellas naturales de la dicha ciudad pobres vergonçantes, para que el dicho Cabildo escoja dos dellas las mas polbres y benemeritas, en quien se haga la limosna.*

In quarum clausularum propositum plures vsque nunc sunt dubitatæ quæstiones, in quibus hinc inde varia iudicia varios sensus propositos vidi, & ego meum cum aliis protuli iudicium, quod in medium, vt aliis sit occasio meliora excogitandi & eligendi proponam, & primo subijciam quæstiones & dubia.

Primum

Primum igitur dubium est, an appellatione mulierum virgines contineantur, etiam infantes, ita vt si tales sint in propinquiori gradu, si pauperes sint, omnino sint præsentandæ, exclusis mulieribus remotioribus.

Secundum dubium est concurrentibus virgibus & viduis in eodem gradu parentelæ & paupertatis, quæ sint præferendæ.

Tertium, an fœminæ bastardæ, naturales tamen admittantur ad hanc eleemosynam, ita vt eis existentibus in propinquiori gradu, & in paupertate præferantur aliis legitimis, & naturalibus remotioris gradus, & quando spuriæ admittantur.

Quartum, an sint eligendæ & præsentandæ pauperiores vel sufficiat pauperes eligi, præsertim per Concilium ciuitatis.

Quintum, an admittantur mulieres vxoratæ, & inter eas & viduas in eodem gradu parentelæ & paupertatis existentis, quę erunt præferendæ & eligendæ maxime per Concilium ciuitatis.

Sextum, an possit patronus præsentare filiam suam legitimam & naturalem, vel an naturalem tantum, vel etiam spuriam.

Septimum, si fœmina aliqua esset patrona huius memoriæ, an posset seipsam nominare.

Octauum, si ex consanguineis & parentela testatoris non adsint, nisi duæ tãtum mulieres proximioris gradus, an sufficiet patronum has solũmodo præsentare in consistorio ciuitatis, an vero tenebitur in simul cum eis alias duas sequentis gradus præsentare, ita vt sint quatuor præsentandæ, & an consanguineæ huius ciuitatis Placentiæ sint potius nominãdæ per patronũ, quã extraneæ ab ea, si sint omnes in pari gradu. Item, an possint nominari consanguineæ ex parte matris, vel debeant esse ex parte patris, si omnes sunt de legitimo matrimonio, & quid si consanguinitas proueniat extraneo, vel aliunde; Et in horum dubiorum decisionem per ordinem procedam.

Dubium primum.

Et quoad primum dubium, pro cuius introductione & declaratione & aliorum dicendorũ in sequentibus, supponendum est in præsenti, testatorem hunc potius considerasse, & vt principalis, parentelam & cõsanguinitatem, quam paupertatem, & ex consanguineis proximiores vocauit, vt ex ipsismet clausulis clarissime decerpitur; ita vt eius voluntas in proximioribus est cõsideranda & adimplenda, prout late diximus *supra consil. 16.* in illa quęstione an consanguinei pauperes, proximiores tamen censeantur vocati, exclusis remotioribus, quãtumuis pauperibus, & cum hoc de iure clarum sit, in hoc dubio, teneo, quod si virgines sunt proximiores mulierib. corruptis, omnino virgines sint præsentandæ, dum tamen pauperes sint, cum in eis & non in aliis pro tunc voluntas testatoris adimpleri debeat, vtpote quia ipsæ sunt proximiores parentelæ testatoris, tum etiam quia cum simpliciter verbum hoc, *mugeres*, sit in nostra clausula prolatum, non solum corruptas comprehendit, verum & virgines, *l. fœmina, ff. de regul. iur. l. alumnos, ff. de mar . vindi. l. nam & fœmina, ff. de adoptio. l. etiam, de iure. aur. annul. lib. 6. titulo 33. part. 7.* & sic Virginem Mariam matrem suam vocauit Christus mulierem, dum in Cruce pendens dixit ei: Mulier, ecce Filius tuus. Nam † cum id nomen mulieris simpliciter profertur, tunc sumitur large, vt contineat omnes personas fœminini sexus, *capi mulieres, de iudi. in 6. l. vnica, in fine, C. de iis qui sibi defer. libro decimo, authen. sed hodie, C. de offic. diuer. iudi. Bart. in leg. seruus legatis, de legat. 3.* nisi adiiciatur alicui indiuiduo denotãti mulierẽ corruptam, vt si dicatur Isabeli tali mulieri factæ volo dari decem: aliter enim virgo etiam continetur, vt dixi, & id quidem proprie, quia genus proprie suas continet species, *l. item legato, §. item interest, de legat. 3.* nisi cum subiecta materia aliud suaderetur, *ex leg. vni. C. de mulie. libro decimo*, quia tunc ex re, id est, pro materia cognosci debet. Vnde † si dicatur mulierem peperisse, intelligitur de corrupta, prout hæc & alia refert optime Rebuf. *in leg. mulieris appellatione, ff. de verbor significat. pagin. 111. cum sequentibus*, vbi declarat aliis modis, qui cum hic non applicentur, omissos facio, per ipsum videbuntur. Imo † & plus teneo in hac clausula, non solum virgines viripotentes, sed etiam non aptis à viro cognosci, comprehenduntur, quia in eis eadem ratio se remediandi & sustendandi datur, quæ in virginibus viripotentibus, & veniunt etiam mulieris appellatione, secundum Bertachi. *in repertorio, verbo, mulier, versiculo primo, ex leg. argento, §. mulieri, ff. de auro, & argento legato, & cap. mulier. 32. quæstione 2.* & testator hic pro sustentandis eis hoc reliquit, non vero pro maritandis: nam si pro maritandis non admitteretur, nisi illa quæ esset nubilis ætatis, *vt per Anton. Gom. in l. 53. Tau. numero 29. versicul. iuxta prædicta.* Est tamen verum, quod virgines hæ nondũ viripotentes, si cum mulieribus iam factis etiam corruptis in eodem gradu parentelæ & paupertatis existentibus concurrerent, has corruptas præferrem, vtpote, quia in eis maior necessitas datur quam in dictis virginibus infantilis ætatis, in quibus non ita datur vrgens periculum suæ famæ, & maioris necessitatis alimentorum, sicut in iis mulieribus iam factis, quãuis corruptis. Et hæc quoad primum dubium.

Dubium secundum.

Quoad secundũ dubium, data paritate parẽtelæ paupertatis & necessitatis taliũ virginum ętatis maturæ ad nubendu vel ingrediendum religionem, & viduarũ nominatarũ per patronũ, tenetur patronus ipse virgines potius quã viduas nominare, & casu in quo cũ virginib. iis, viduæ nominentur, tenetur Concilium ciuitatis ex eis virgines eligere ad dictã eleemosynam; eo quod testator eis iniungit, vt inter æquales gradu pauperiores & magis benemeritę eligantur & nominẽtur, prout ex prima apparet clausula, ibi, *las mas cercanas y pobres*, copulatiue apponendo nomen illud, *y pobres*, ita vt in eo sicut in præcedenti verbo, dictio illa, vel aduerbium illud, *mas* repetitum censeatur, sicut & in secunda clausula, dum dicitur, *mas necessitadas, y benemeritas*, & in virginibus

dictis hæc omnia concurrunt: sunt etenim magis necessitate oppressæ, eo quod non eis conuenit, neque statui suo foras exire pro quærendo victu, & isthæc magis adstringuntur necessitate ex hacque causa, ex l. *si quis ad declinandam, C. de Episcopis & cleri. & l. 20. tit. 3. parti. 6.* quoties † aliquid relinquitur inter pauperes distribuendum, inter illos qui sunt in hospitalibus detenti, vel ob alias causas exire non possunt, distribuendum est, viduis tamen plus licet hæc facere, & foris ac extra domum exire: igitur magis necessitantur virgines quam viduæ: quis autem pauper dicatur & quot sint gradus paupertatis, vide supra *consil. 16. n. 1. cum seq.* Item † & hac causa legatum virginibus relictum sub conditione, ne nuptias contrahant, debetur eis, etiam si matrimonium contraxerint, *ex authen. si cui relictum, C. de indict. vid. tollen.* quod quidem non erit in vidua, *vt ibidem per DD.* Item, periculum amittendi virginum virginitatem maius est, quam viduarum: ergo † vbi maius est periculum, ibi cautius agendum, *vt in c. vbi maius, de electione in 6* Item, virgo magis dicitur benemerita quam vidua corrupta, & quis bene meritus dicatur, vide gl. *verb. personæ, c. licet ex quadam, de testi.* vbi bene meritus dicitur, qui non demeruit, de qua quidem vidua corrupta in præsenti loquimur. Virginitas † enim implet paradisum, *vt 32. quæst. 1. cap. nuptiæ.* & sufficit ad animas Deo præsentandas, *vt in authent. de lenonibus, §. sancimus*; & est principium omnium virtutum, *vt in authenti. quomod. oport. Episcopos, §. neque autem, & gloss. priuilegio, & ibi Abb. & Felin. in capi. causam, de proba.* & solæ virgines aureolum sunt habituræ, *capi. si Paulus, vbi gloss. 32. quæst. 2.* de quo bonas quęstiones proponit Archidia. *in capi. re vera. 32. quæst. 5.* & sic testimonium † virginis præfertur testimonio corruptæ, etiam si in statu coniugali sit corrupta, *secundum Bal. in dict. cap. causam*, & solæ virgines in Abbatissas eliguntur, *secundum gloss. in clemen. attendentes, §. statuimus, de statu mona.* & in mēsa, & in itinere virgines præferuntur, *secundum Bal. vbi sup. & ibi Felin n. 4.* Et sic iuste asserimus in hoc casu, virgines esse præferēdas, neque satisfacere electores, si eas non eligāt, *ex dictis per Federi. de Senis consil. 95. n. 2. & Deci. cons. 72. n. 3.* & quia vbi testator sic vult, omnino est adimplendum *secundū Cordo. q. 72. in fi. verbū*, & in † materia prælationis, vt hic, melior & dignior est præferendus, *capit. licet ergo, 8. quæst. 1.* adeo vt cum testator sic vult fieri, nō solum peccatur contraueniendo, & restitutio est obligatoria, verum & electio & nominatio in contrarium facta erit nulla, vt optime per Molin. *de primogē. lib. 2. capi. 5. num. 7. versi. hac autem*, & probatur ex decisione tex. *in decreto. 5. Concilij Tridentini, de reformatione, sess. 25. & ex decreto 4. sess. 22. de reforma.* si bene perpendantur, & ex textu & eius materia *in clemen. quia contingit, de religio. domi.* & si electores male arbitrentur eligēdo pauperes, potest ad iudicem recurri, *secundum Bal. in authen. præterea, C. vnde vir, & vxor, gloss. fin. ad fin. l. 3. tit. 10. part. 6.* & per cōsequens in nostro proposito & themate virgines sunt præferendæ: sic enim videm⁹ viduis esse fauorabiliores, vt iniustitiam non faciamus, *cap. ex tenore, de foro compet.* Māti *de coniect. vltim. volun. lib. 8. tit. 5. numer. 21.* & in expresso, quod † virgines præferantur viduis tenet ad vtranque partem examinando Chassaneus *in cathalogo gloriæ mundi 3. part. considerat. 39. per totam*, qui *in 2. part. in 11. considerat.* plura dixit de virginitatis statu & eius laude: imo si in præsenti pro dotādis mulieribus legatum hoc relinqueretur, non intelligeretur de viduis pauperibus, sed de primis, *secundum Tiraquel. in l. boues, §. hoc sermone, in regul. 62. & 64. numero 111. & 113. & latius infra dicemus*, Et sic fortius in nostro casu, cum hic non pro dote, sed pro remedio earum relinquatur, quo casu siue sint nubilis ætatis, siue non, tales virgines pauperes & consanguineæ in æquali gradu viduis præferendæ sunt, quod secus † si pro dote: nam tūc si impuberi pro dote relinquatur, non debetur nisi sit nubilis ætatis, *vt per Acostam, de conditionibus, cap. 22. n. 2. & Spin. de test. glos. 10. de legatis in certis personis.* Et hæc pro secundo dubio.

Dubium tertium.

Quoad tertium vero dubium, an † naturales censeantur vocatę, ita vt si sint proximiores & pauperes pręferantur legitimis remotioribus, adsunt in huius clausulæ propositum differentes sensus ac diuersa consilia, & fateor nunc hoc nunc illud mihi visum fuisse, verumtamen maturius considerando, partem affirmatiuam, vt veriorem in huius clausulæ propositum eligendam puto, quam ad vtramq; partem aliquibus mediis examinabo. Et primo partem negatiuam, scilicet, quod non admittantur tales naturales, nisi in defectum propinquorum legitimorum, sequentibus considerationibus fundabo. Prima, ex eo, scilicet, quod † naturales non dicantur de domo familiæ, neque agnatione, neque consanguineæ patris, ex textu *in §. vulgo quæsitos, inst. de successio. cogna*, omnibus noto, ibi (*nullos habere cognatos manifestum est*) & ibi (*eadem ratione neque inter se possunt videri esse consanguinei, quia consanguinitatis ius species est agnationis*) Et ideo † neque Insignia, neque arma paterna portare possunt, *Tiraquell. de retract. lignagier. §. 1. glo. 8. numer. 6. cum sequent. & glos. penul. in princ. tit. 13. partit. 4. & secundum Bald. in l. generaliter, §. cum autem, numer. 6. C. de instit. & substit. sub condi. fact.* Nam cum hæc nomina iuris, non vero solius naturæ sint, ad filios naturales, seu bastardos non extenduntur, vt censuit Bar. *in l. pronuntiatio, §. familiæ, ff. de verbor. signific.* vbi Alciat, & alii quos ad hoc & alios refert Molin. *de primogen. lib. 1. capit. 4. numer. 46. & Pelaez de maior. 2. part. quæst. 9. numer. 19. fol. 266. & Velazquez de Auenda. in l. 40. Tau. gloss. 1. numer. 44.* & nouissime Ioan. Garsi. *de nobil. gloss. 20. numero 17.* vbi *numero 18.* ex hoc inquit, naturales patri nō succedere ab intestato, tanquam pene extraneos, & antiquo iure prorsus repellebantur, *ex l. fi. C. de naturalibus liberis*, de quo late per Rojas, *de successio. ab intest. ca. 11. per totum.* Itidemque iis rationibus † naturalis non succedit in maioratu, quia ii omnes, & itidem arrogati, adoptati & spurii, tam ex iure Regio *ex d. l. 40. Taur. ibi. ò descendiēte legitimo, & ex l. 2. titul. 15. part. 2. ibi, si dexasse hijo, ò hija de su muger legitima*, quam ex dispositionibus testato-

(Marginal numbers: 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16)

testatorum, excludūtur à maioratuum successione, nisi aliud testator voluerit, vt inquiunt Molin. *de primogen. d. capitulo quarto, & Pelaez, dict. quæst. 2. numero 1. cum pluribus sequentibus*, & idem Molin. *dict. lib. 2 capit. 11. numero* 25. vbi tamen *numer. 26.* inquit, quod licet † in naturali filio possit pater maioratum instituere in omnibus suis bonis deficientibus legitimis descendentibus, vel eis existētibus in quinto, non tamen poterit id in spurio filio statuere & disponere, ab alio tamen, quam à patre posset, *vt per Molin. d. c. 11. num. 33. & prius lib. 1. cap. 13. num. 16. & Roland. Valle, consil. 87. nu. 4. & 5. volumin. 3.* debet tamen expresse vocari; aliter enim spurius non censetur vocatus, etiam si illegitimi vocentur, vt dixi *in l. 11. titul. 6. num.* 44. *cum sequentibus, libr. 5. recopil.* & etiam idem Roland. *dict. consil. 87. numer.* 24. Incestuosus tamen non censetur vocatus, quia institui non potest, vt per Rojas *de successio. capit. 20. num. 31. cum sequentibus* Ex quibus inquit Barba. *consil. 27. colum. 6. volum. 1.* quod † melius est, esse legitimum pauperis quam bastardum diuitis, vbi, & *in column. 20. cum sequētibus tractat.* an † bastardi veniant appellatione filiorū, & possint dici de cyppa vel domo, & sic † naturalis non reputatur inter agnatos patris, & ipsi ei; vel è contra non succedunt, *secundum Matien. l. 6. titul. 8. gloss. 4. n. 1. lib. 5. recopil.* Item, & † quia naturales filii non excludunt substitutum patri grauato appositum, si sine liberis decesserit, vt videtur probare text. *in l. generaliter, §. cum autem, C. de insti. & substi. sub condi. fact. ibi, nisi ipsi liberi sine iusta sobole decesserint*; dicitur enim iusta soboles illa, quæ ex legitimis nuptiis est procreata, *l. filium eum diffinimus, ff. de iis, qui sunt sui vel alie. iur.* Et hanc opinionem, quod substitutum naturales filii non excludāt, plures eam dicentes communem refert Menes. *in l. cum acutissimi, n. 30. C. de fideicom.* vbi, *num. 31.* infert. l. hac † cōsultissima, *§. ex imperfecto*, permittentem patri testari inter liberos omissa iuris solemnitate, procedere tantum, cum testator inter filios legitimos & naturales non vero inter naturales tantū: ex quibus videtur in præsenti filias has naturales non comprehendi, & ita videtur voluisse Alex. *consil. 213. vol. 6.*

Nihilominus tamen salua aliorum correctione in nostro casu videtur contrarium asserendum, ex sequentibus. Primo, quia † naturales de sanguine esse dicuntur, *secundum Bart. in l. pronunciatio, § familiæ, de verborum significatione. & in l. tutelas, ff. de capi. dimi. & Pelaeȝ de maiorã. dict. 2. part. quæstione 2. numero vigesimo secundo, in fine, fol. 267. & iterum, numer. 27. fol. 268. ex dict. l. pronunciatio in fine, ibi (item appellatur familia plurium personarum, quæ ab eiusdem vltimi genitoris sanguine proficiscuntur)* vbi Alci. *in verbo, ex eadem domo*, dicit, quod † filii illegitimi & naturales dum tamen non sint spurii, sunt de familia, & est bonus textus *in l. liberorum, in fine, ff. eodem titul.* quę iura & alia ad hoc considerat Pelaez *in dict. num.* 27. Item, quia † in iis quæ sunt iuris naturalis tantum, non autem solum iuris ciuilis, naturales comprehenduntur, *vt per Bal. in c. nonnulli, numer. 4. de rescript. & Tiraquel. de retract. titul. 1. §. 1. gloss. 8. numero* 5. Hic tamen testator in præsenti dispositione eleemosynam hanc reliquit in subsidium & augmentum sustentationis eorum de parentela: ergo ius naturale tantum considerauit, vt naturales etiam comprehenderet; qui ex eo, quod nati sunt, non sunt perdendi, sed æquitas canonica, *ex cap. cum haberet, de eo qui duxit in matrim.* sustentanda & admittenda. Item, quia si secundum veriorem sententiam & tenendam, teste nostro Gutt. *in pract. quæst. lib. 3. quæst. 155.* filius † naturalis admittitur ad retractum iure sanguinis, rei per patrem venditæ, cur & non ad hanc eleemosynam? Item, quia in † nostra Hispania inconcussum est, filios naturales gaudere nobilitate parentum, vt latissime diximus *in leg. 10. titulo 8. numero 51. lib. 5. recopil.* Quod si nobilitate gaudent, cur & non gaudebunt hac eleemosyna ab agnatis relicta? nam si agnati fratres succedunt fratribus naturalibus, & è contra naturales ipsis, si credimus Ioanni Garsiæ, *in dict. glo. 20. numero 2.* ante quem plures tenuerunt relati per Matien. *in leg. 6. gloss. 4. numero 2. titul. 8. lib. 5. recopil.* cur & in nostro casu non succedent in hac eleemosyna? Item, si Pelaez *dict. quæst. 2. numero 27. ad fin.* fatetur, quod † superueniente casu, in quo deficerent descendentes legitimi, ipse odio non haberet descendentes ex filio illegitimo, & sic ex infecta radice præcedentes, cur & non admittemus hic naturalem ad hanc eleemosynam? cum testator hic nullos descendentes, neque ascendentes reliquerit, & solum respectum habuerit subueniendi suis consanguineis, & illis; qui sunt de parentela & sanguine suo. Item, quia † si nobilitate parentum & eorum præeminentiis & honoribus naturales filii gaudent ex nostræ Hispaniæ notoria consuetudine, & arma & insignia patris portare possunt, prout portant, vt est omnibus notum, & tenet Bart. *in tract. de insignijs & armis*, & optime fundans sequitur Benedict. de Barzis, *in tract. de filiis non legit. natū, in princi. n. 13.* vbi *n. 11. & 12.* inquit esse naturales filios de domo & casata, & venire appellatione propinquorum, & *n. 15.* inquit ex iniuria facta filio naturali nasci actionem eius patri, & per cōsequens † deficientibus filiis & ascendētibus legitimis filius hic naturalis in accusanda morte patris præfertur consanguineis, & agnatis, vt optime per Villalo. *in leg. 22. tit. 1. par. 7. 2. par. § sed iuxta prædicta quæro, n. 1. cum sequentibus pluribus, fol. 97. cum sequentib.* vbi, *n. 3. in fin. cum sequentibus*, inquit hos filios naturales esse de agnatione ex naturali Hispaniæ cōsuetudine eos admittente ad insignia nomen & arma & nobilitatem patris, & communis hic vsus loquendi, vt naturalis filius nobilis dicatur, si pater nobilis erat, est attendendus, vt & de familia dicatur, vt inquit Paleotus *in tract. de notis & spuriis, cap. 60. nu. 5.* & dicetur *inf. n. 39.* sicq; & hac de causa vltra quod de iure etiam ciuili communis, & tenenda erat opinio, quod † naturalis filius excludebat substitutum vocatum per testatorem sub conditione; si grauatus sine liberis decederet, vt apparet ex late dictis per Menes. *in dict. leg cum acutissimi, C. de fideicom. num. 31. versiculo, contrariam, cum Gre. Lopeȝ, & aliis ibidem relatis*, & optime considerat ibi Menes.

quod

quod l.10.titul.4.part.6. concordans cum dict. l. cum acutissimi, non sine mysterio, non meminit de iusta sobole, cum respiceret nostram Hispaniæ consuetudinem, gaudêdi naturales filios nobilitate parentum; & ibidem ipse Meneses hoc ampliat, vt idem sit in côditione tacita à lege subintellecta, si sine liberis grauatus decederet, imo *in dict. numero trigesimo primo, versiculo, licet nonnulli,* cum Speculatore & aliis ab eo relatis inquit esse communem; quod etiam in filiis naturalibus procedit dispositio *l. hac consultissima, §. ex imperfecto, C. de testam.* imo & quod plus est, quod † ipse ibidê, *numero trigesimo quarto,* fatetur se scire apud nos ad quædam primogenia & maioratus naturales filios deficiêtibus legitimis esse vocatos, & ego scio, quia vidi & cognosco possessorem cuiusdam maioratus filium naturalem militis militiæ Alcantarensis deficientibus eius descendentibus & ascendentibus legitimis in supremo Castellæ Senatu iudiciali sen entia in competentia cuiusdam consanguinei transuersalis legitimi, fuisse iussum dicti maioratus possessionem tradi dicto filio naturali; ex eo quod maioratus illius constitutio vocabat descendentes legitimos, præferêdo semper legitimum non legitimo, & nunc est in dicta possessione, & itidem in eadem causa in iudicio proprietatis in Pinciana Chancellaria sic fuit declaratum, quia † & horum militum solutorum in soluta habentium filios, naturales filii iudicantur, eo, quod milites ii in sæculo viuentes non sunt vere religiosi, vt tenet Lara *in l. si quis à liberis, in princip. numero nonagesimo, ff. de liber. agnoscen. & gloss. spurii in l.1. tit.15 part.4.* & nouissime ex Greg. & aliis tenet conciuis noster Gutierrez *in dictis pract. quæstio. libro secundo, quæst. 111.* Et quamuis coitus hic in tali milite punibilis esset, quia frangebat votum castitatis, hoc est verum, quoad pœnam spiritualem, non vero quoad temporalem; & hoc non impedit quominus filii dicantur naturales, vt inquit Ioan. Andr. *in capit. sine culpa, de regul. iur. libro 6.* quem refert Bart. *in l. in concubinatu, num. 5 ff. de concubi.* Et sic in maioratu successit iste filius huius militis ex dictis, & ex eo quod scriptura maioratus non excludebat naturales: & quia potius eos vocabat, cum de eis mentionem fecisset, quo † casu in dispositione de filiis tantum agente, de naturalibus videtur etiam sentiri, etiam si fundator sit nobilis, *secundum Bart. in l. ex facto, §. si quis rogatus, numero 2. vbi late Alexand. numero sexto, ff. ad Trebellia. & eund. Alexand. consilio 94. columna 2. libro primo,* & in dispositione vocante filios ad maioratum, naturalem filium deficientibus legitimis admitti, & substitutum excludere, communem asserit Gabriel relatus per Molin. *de primogen. libro tertio, capitulo tertio, numero quadragesimo secundo, cum sequentibus,* licet ipse dicat à volûtate testatoris pendere, & per côsequens cessant fundamêta primæ opinionis. Cur ergo in præsenti dispositione non admittemus filios naturales præsertim cum testator hic non per modum maioratus, imo nec per modum conseruandæ familiæ disposuerit, sed subueniendi potius & occurrendi necessitatibus eorum, & in viam eleemosynæ,

32

33

34

idque non solum honorosum verum & fauorabile & commodosum ipsi testatori & animæ eius, & sic non est curandum, an sint legitimæ vel naturales tantum consanguineæ illæ, quibus danda est eleemosyna hæc, præmaxime; cum ipse testator eas non excludat prout *in illo consilio 213. volum. 6. Alexand.* dictum fuit & requisitum, & refert Rebuf. *in l. pronunciatio, §. familiæ, ff. de verb. significatione, pagin.* 857. imo † & in maioratu succedit filius naturalis, etiam si expresse non sit vocatus, *secundum gloss. magnam colum. 6. versic. aduerte, l. 32. tit. 9. part. 6.* quidquid velit Molin. *de primogen. lib. 1. ca. 4. numero 46.* ex gloss. *fino, col. 2. l. 2. tit. 15. part. 2.* quæ tantum loquitur circa Regni successionem, vbi in gloss. *la fija,* se declarat, & † quia cum hæc dispositio sit fauorabilis, naturales comprehendûtur, *vt per Alexand. in dict. §. si quis rogatus, numer. 50. & consil. 60. numero 11. lib. 2. & Rebuf. de priuile. schola. priuilegio. 100. numero septimo, & faciunt dicta per Gutierrez, vbi sup. libr. 2. quæst. 155. & per Matien. in l. 7. gloss. 2. tit. 11. numer. quinto, libro quinto, recopil.* & quia hic testator parentelam & consanguineas nominauit inspecto iure naturali, & sic omnes comprehendit; quia natura non minus facit filios nostros eos, qui procreantur ex legitimo matrimonio, quam eos, qui sine matrimonio: *argumento text. in leg. hos accusare, §. omnibus, ibi natura communis est, ff. de accusat. tradunt Doctores, in cap in præsentia, de probationib.* Et in nostræ clausulæ proposito teneo pro vero, naturales fœminas pauperes esse comprehensas, & comprehendi in hac dispositione, si consanguineæ sunt testatoris, & consequenter præferri legitimis in eodem gradu consanguinitatis non existentibus, secus si in eôdem existerêt gradu: nam tunc legitimas præferrem, si pauperes essent, naturalibus etiam pauperioribus. Spurias autem † nullo modo admittendas iudico; quia ab omnibus Doctoribus excluduntur, vt in aliud propositum distinguit spurios à naturalibus Alberic. *in tractat. de statutis, lib. 1. quæst. 49. volumine 2. tract. diuersorum Doctorum.* & ita tenet Benedictus de Barzis *in tract. de filiis non legit. natis, numero 11.* & communem testatur Matien. *in l. 7. glo. 5. titul. 8. lib. 5. recopi.* filium spurium testatoris eligi non posse, & ibi limitat tribus modis, quæ limitationes hic non quadrant, cum consanguineas vocauerit, & quia debet expresse vocari, vt dixi *in l. 11. titul. 6. n. 44. cum sequentibus, lib. 5. recop.* & magna est differêtia naturalium & spuriorum, *vt per Franc. Becium, consil. 3. numero 65. cum seq.* licet secus esset, si tantum disponeret testator, quod executor bona distribuat in pauperes: tunc enim etiam spurium eligere posset, dum tamen non esset filius testatoris, *secundum Matien. vbi supr. & Manti. de coniect. ment. testa. libr. 8. titul. 5. numero 11. cum sequentib. vbi limitat cum Matien. vbi supr.* Potest tamen attentari, quod si spuria hæc esset ex parte matris, admitteretur ad hanc eleemosynam, sicut admitteretur ad successionem consanguineorum ex parte matris, si non est habita in damnabili coitu, & hoc ex dictis per Paleotum *de nothis & spuriis, titul. de successione spurio. & iterũ in capit. 59. & 60. & per Spino. in speculo testam. gloss. 16. princi. numero 61. cum 2. sequen-*

35

36

37

sequentibus, vbi spurium ex parte matris habitum ex non damnabili coitu, dicit de genere & cognatione sua, & sic excludit substitutum matris sine liberis decedentis, & sic in propositum huius clausulæ fuit determinatum in Chancellaria Pinciana in spuria ex parte matris & data super hoc executoria.

Neque obstat, §. vulgo quæsitos, pro prima opinione adductus, quia † non loquitur in naturalibus, vt inquit optime Benedict. de Barzis *vbi supr. in princip. num. 19.* vbi cum sequentibus optime fundat, filios naturales, etiam de iure ciuili habere agnationem, eum ex authent, *licet, C. de natur. libe. & ex l. 8. titul. 13. partit. 6.* naturalis filius patri morienti ab intestato sine filijs legitimis succedat in duabus vnciis. Sic † ex hac ratione succedunt in iure patronatus vt optime fundat Lamber. *de iure patron. arti. 26. 2. quæstionis princip. 2. partis, lib. 1. & iterum ibidem artic. fin. colum. antepe. in medio*, & de eorum capacitate latissime agit Roch. de Curt. *de iure patro. in verbo competens alicui, num. 6. vsque ad 12. 2. quæst.* quem referunt Gregor. Lopez *in gloss. fin. l. 4. titul. 15. partit. 4.* & Gigans *in tracta. de pensio. quæst. 15. num. 2.* Didac. Perez *in l. 1. titul. 6. lib. 1. ordi. colum. 236. cum sequentibus*, vbi per conclusiones procedit, & Ioan. Gutier. *consi. 3. num. 9. cum sequentibus*, & idem Bene de Barzis, *vbi supr. num. 19. cum sequentibus* optime fundat, filios naturales etiam de iure ciuili habere successionem in bonis parentum, & ipse supradicta reddit clarissima, & ex nostræ Hispaniæ consuetudine itidem redduntur cum naturales admittantur ad honores, nomen & arma, & insignia parentum, & alia in propositum dixi, *in l. 11. titu. 6. lib. 5. recop. num. 45.* & ad cognoscendum, an quis sit nobilis, dici possit cõsuetudo magis ac communis reputatio seu existimatio, quam lex attendit, vt post Bart. *in l. 1. C. de digni.* dixit Paulus Castren. *consil. 128. Dubitatur primo, an Comes, dubio, 4. alias consi. 107.* quos & alios refert & sequitur Mandosi. *consil. 47. num. 10.* Ex quibus inconuincibiliter & necessario asserendũ, & tenendum est, naturales ad hanc eleemosynam admittendas, & sic vidi per plures Doctores consultum, & voluit expresse Rebuf. *dict. pagin. 854.* in simili casu & dispositione, vbi non nobilitas cõsideratur. Imo & inquit Corduua relatus & sequutus per Ludoui. Lopez *in suo instructo. conscien. tom. 1. cap. 137. colum. penul. in princip. pagin. 311.* quod dos relicta pro dotandis consanguineis ex legitimo matrimonio procedentibus, quod potest dari legitimæ ex legitimo matrimonio, licet procedant ex tali stipite per parentes illegitimos, & hoc etiam argumen. tex. est *l. fin. C. de naturalibus liberis.* Et hæc quoad tertium dubium.

Dubium quartum.

Quoad quartum vero dubium, scilicet, an patronus hic teneatur eligere pauperiores in iustitia & in conscientia, vel sufficiat pauperes eligere & an idem sit quoad concilium ciuitatis habens eligere duas ex quatuor nominatis per patronũ, magnum & vastum pelagus aperitur in hoc dubio, de quæstione illa satis ventilata per Doctores, an † valeat electio de digno omisso digniori, & an eligentes vulnerent conscientias suas. Ingenia Doctorum in hoc torquentur, vt præ alijs latissime examinat Lamberti. *de iure patron. libr. 2. arti. 3. per totum quæst. 10. partis 1. fo. 90. cum 2. sequentibus*, qui in electoribus concludit teneri, si possunt eligere digniorem, aliter enim vulnerant conscientias suas & hanc communem & veram fatetur Molin. id etiam late examinans *in lib. 2. de primogen. capi. 5. num. 50. & 54.* vbi concludit valere electionem de digno, omisso, digniori in foro fori, neque teneri ad restitutionem, licet peccent, & Ludoui. Lopez. *tom. 1. instru. conscien. cap. 137. pagin 311. col. 1.* & an hæc † in patronis præsentantibus procedant, idem esse quod in electoribus tenent Doctores *in cap. constitutis, de appel.* teste Lamber. *vbi supr. numero 38. fol. 92.* licet ipse ibidem id vellit procedere in patronis Ecclesiasticis, non vero in secularibus, ex eo quod inquit ibi, *in numero 38.* quod iura contraria loquuntur in electione, non vero in præsentatione, & rationem differentiæ assignat ipse ibidem, *num. 39.* verumtamen eius opinio nouissima est, & contra communem vt vides, & sic non tenenda: nam licet † aliqui asseruerint opinionem illam, idoneiorem in conscientia esse eligendum, procedere in beneficijs Ecclesiasticis non vero in secularibus officijs, vt tenuerunt Caieta. & relati per Molin, *vbi supr. numero 65.* ipse tamen *ibidem, num. 66. cum sequentibus aliquibus* idem asserit in secularibus officijs ex pluribus iuribus ibi allegatis, & sic Couarruu. *ibidem per eum allegatum in numer. 69. in princip.* inquit, recte taxare ac reprehendere Lamberti, in dicta sua noua opinione. Isthæc tamen omnia licet ita in genere sint, tamen vt propius ad materiam nostram accedamus, in distributore † debente distribuere bona defuncti inter pauperes, quod non teneatur eligere pauperiores, sed quod sufficiat etiam in conscientia pauperes eligere, tenent Corduua *in summa de casos de consciencia, quæst. 72. in fina. verbis*, & Mantic. *de coniect. ment. testa. 5. libr. 8. titu. 5.* & Matien. *in l. 14. glo. 1. numero 12. titul. 4. lib. 5. recopil.* & Ludo. Lopez, *vbi sup.* Contrarium tamẽ, imo quod licet valeat distributio inter pauperes, omissis pauperibus, distributores grauent conscientias suas, tenent Frederi. de Senis *consil 95. nu. 2.* relatus & sequutus per Deci. *consil. 72.* & sequitur Simon de Prætis, *de interpreta vltim. volun. libr. 5. interpretatione 1. dub. 2. num 94. pagi. 957.* & probatur ex text. *in l. 20. titul. 3. partita. 6. & ibi notat glo. en aquellos.* Mihi tamen id securius videtur eligendum, vt peccatum euitetur, & data † paritate in paupertate & consanguinitate, magis dignis est dandum, vt inquit Ripa *in tracta de peste, titul. de remed. ad conser. vberta. num. 157.* & Mexi. *in prag. panis, conclusion. 1. num. 44. in fine*, vbi inquit, magis dignos tunc esse, qui maioribus abundant virtutibus: presertim cum de iure id quod tutius est animæ sequi debeamus. Supradicti tamen omnes, & maxime Corduua, inquiunt, quod si ex coniecturata mente testatoris colligatur voluisse pauperiores eligi, hoc est omnino seruandum. In præsenti tamen dubio testator videtur velle pauperio-

periores eligendas per patronum, dum dicit, *las mas parientas y probres*, *y.* ponderando copulatiuam illam, y, quæ verba mentem & sensum coniungunt, ita vt sicut dixit testator, *las mas parientas* eligendas, sic & voluit magis pauperes eligi, vt natura copulæ obseruetur coniungentis verba, & sensum, ita † quod si ex propinquioribus eligendis in vno gradu adsint sex aut octo, ex illis, quatuor eligendæ sint pauperiores, sicut sunt proximiores; vbi vero non adessent nisi quatuor tantum in vno gradu, tunc si proximiores sunt, hæ omnino sunt nominandæ, dum tamen pauperes existant. etiam si adessent aliæ pauperiores, remotiores tamen, vt alibi *in consilio 16. sup.* diximus: In concilio vero habente ex quatuor nominatis per patronum in eodem gradu eligere duas, id clarius procedit, cum expressius, quam patrono iniungat testator, quod ex illis quatuor concilium eligat duas magis necessitatas & bene meritas, & cum † testator hæc eis iniungat, omnino tenebuntur in foro poli, & etiam in foro fori eligere pauperiores & magis benemeritas, aliter enim peccabunt senatores, & ad restitutionē tenebuntur, *vt inquit Molin. dict. lib. 2. capit. 5. num. 57. versi. hæc tamen limitanda sunt, & Corduua in dict quæst. 72. in finalibus verbis, & Ludo. Lopez. dict. pagin. 311. colum. 1.* quia hic non solum iustitia distributiua, sed & commutatiua violatur, & contra testatoris voluntatem & legē ab eo conditam, concilium facit, & quoad concilium sine dubio ita tenerem, licet quoad patronum non ita absolutum est, quamuis idem eum consulerem facere & perspicere, si tot essent in eodem gradu & proximiori, inter quas patronus hanc electionem facere posset. Et hæc quoad quartum dubium sufficiant.

45

46

Dubium quintum.

47 Quoad quintum vero dubium, scilicet, † an admittantur ad hanc eleemosynam mulieres vxoratæ consanguineę & ex parentela testatoris, & an ipsæ viduis præferantur, vel è contra, existentibus in eodem gradu, & in eadem paupertate. Et in hoc dubio quoad primam eius partem teneo, quod si mulier hęc vxorata est pauper, & maritus eius itidem, ita quod ambo opprimuntur necessitate, tunc sine dubio teneo, quod poterit nominari, si est parentelę testatoris, & proximior, vel saltim ex proximioribus, tunc nominandis, secundum Bal. Nouel. *de dote, 5. parte, num. 12.* secus secundum eum, ibi, si maritus esset diues: nam tunc cum teneatur eam alere, non poterit præsentari, quia † pauper non potest dici, ex quo maritum diuitem habet, à quo alimenta sunt ministranda, *vt per Laram in l. si quis à liberis. §. si quis ex ijs numer. 19. cum sequentibus*, licet aliud & male in eo videri dicat Aimon *consi. 164. num. 3. & 5.* & qui habet propinquos diuites, qui ei alimenta præstare teneantur, quod non dicatur pauper tenent Imol. Deci. & alij relati per Mascar. *de probatio tomo 2. in magnis, conclusione 1159. in verbo, pauper, num. 37* & quis dicatur pauper diximus latius, supra *dict. consil. 16. numero primo cum sequentibus*, & dicetur infra.

48

Quoad secundam partem dicti dubij dico, quod † data paritate gradus & paupertatis inter viduam & vxoratam, vidua est præferenda, vtpote quia magis est auxilio destituta, & quia viduitas præ maxime cōmendata est & in pluri æstimatione habita, vt licet videre ex Cassan. *in catal. glor. mūd. 2. par. consid. 20. & in 3. par. consid. 40.* vbi inquit, post virgines colocari viduas, & post viduas vxoratas collocat ibidē ipse Cassan. *in eadē 3. part. cōsid. 41.* Et hoc intelligo, si vidua castè vixerit, secus vero alias, quia tunc vxoratam caste cum marito viuentem præferrem, eo quod magis benemeritam iudicarem, quia non debet plus valere luxuria, quam castitas. Neque obstat id quod dixerunt Bal. & Ias. relati per Manti. *de coniectu. vlti. volun. lib. 8. tit. 5. num. 21. fol. 176.* scilicet, † quod legatum pro maritandis & dotandis mulieribus pauperibus de primis nuptiis est intelligendum, quasi viduæ excludantur; quia hoc procedit in suo casu, non vero in nostro, vbi non pro matrimonio nec pro dote, sed pro remedio relinquitur hæc eleemosina, & sic viduæ, neque vxoratæ in præsenti excluduntur.

49

Dubium sextum.

50 Quoad sextum dubium, an † possit Patronus hic ad hanc eleemosynam pręsentare filiam suam legitimam & naturalem vel naturalem tantum, vel spuriam; & in primis duabus, scilicet, in naturali & legitima vel naturali tantum ex parentela testatoris descendentibus, si pater est inops, ita quod non potest eas congrue dotare, vel alimentare, crederem id posse facere, ex dictis per Bal. Nouel. *in d. tract. de dote, 5. par. numero 7.* si vero pater esset diues nullo modo posset; spuriam tamen præsentare non potest, quia non est de parentela, vt *in 3. dubio*, supra remanet dictum; & † quia executor relictus ad distribuendum bona inter pauperes potest filium suum pauperem nominare, vt dixi *in tract. de decurionibus vocato Curia Pisana, lib. 2. c. 10. num. 5.* & Manti. *de coniect. vlti. volun. lib. 8. tit. 5. num. 10.* & Spino. *in specul. testam. gloss. 4. princi. num. 82.* Et ita fuit iam in hac eleemosyna decisum in filiabus legitimis.

51

Dubium septimum.

52 Quoad septimum dubium an † possit patrona seipsam eligere, dicendum est, *vt dixi in d. Curia Pisana, d. lib. 2. c. 10. num. 4. & 5.* quod si ipsa est proximior, vel de proximioribus parentelæ testatoris, & est in summa paupertate, poterit se ipsam ad hanc eleemosynam eligere, *vt per Manti. & Spino. in præcedenti dubio allegatos, & Sarmi. lib. 8. select. in c. ad. l cum quidam, de legat. 2. nu. 21. cum sequenti. aliquibus, & Simon de Pratis de interpre. vltim. volun. lib. 5. dubi. 2. num. 87. cum seq. pag. 456. colu. 2. in fin. cum seq. & Mexia in prag. tasse panis conclu. 1. nu. 49.*

Dubium octauum.

53 Quoad octauum vero & vltimum dubium, indubitanter teneo, quod † si solummodo adsint duæ fœminæ pauperes propinquioris gradus, illas duas sufficit præsentare in concilio ciuitatis, neque tenetur patronus cum eis alias duas sequētis &

tis & remotioris gradus præsentare: tum quia illæ propinquiores solūmodo sunt eligendæ pauperes tamen, licet aliæ remotiores essent pauperiores, vt iam est dictum: tum etiam, quia tunc demum testator quatuor in consistorio præsentari iubet, cum adsint eiusdemmet gradus: ergo eis non existentibus cessat dispositio testatoris, & succedit iuris dispositio, vt proximiores præsententur, imo & teneri potest, quod si adest vna propinquior, & post eam alia sequentis gradus tantum sola, istas duas sufficiet præsentare, quia non adest alia illorum graduū, q̄ præsentari possit.

Sed vt nihil intactum relinquamus, dubitari vidi in propositum primæ dictæ clausulæ, in qua testator vocat, *mugeres de su linage*, si † reperiantur aliquæ venientes & procedentes ex trunco testatoris, & abinde vnde ipse, aliæ tamen non abinde, sed ex alio latere, omnes tamen sunt in eodē gradu cum testatore & in æquali paupertate, an erunt præferendæ descendentes per lineam testatoris? Et crederem, quod non, quia testator hoc non vult, sed potius ex illis quatuor electionem relinquit concilio, duarum. Item, quia agnationis & cognationis differentia est hodie sublata, secūdum Anton. Gom. *in l. 8. Taur. n. 2. & 3.* & sic secundū eū, ibi, succedunt agnati & cognati, secundum gradus prioritatē, & faciunt dicta per glos. *el mas, col. 2. in fi. cum sequentibus, l. 2 tit. 15. par. 2.* (54)

Item, quia † qualitas duplex communicationis non consideratur vltra filios fratrum, *ex authent. cessante, in fi. C. de legi. hæred. notat Matien. in l. 5. glo. 1. num. 8. titul. 8. libr. 5. recop.* licet non erraret, qui data paritate gradus meritorum & paupertatis ad hæc considerationem haberet in hac eleemosyna & esset hæc causa sufficiens gratificandi. Item, † notandum est quod in hac materia non est locus gratificationi, nisi vbi gradus, merita & paupertas nominatarum essent in æqua lance, quia de iure communis est opinio ex Abb. & Doctor. *in c. cum autē, de iure patron.* teste Rocho de Curte *de iure patro. verb. honorificum. numero 41. Lamb. de iure patro. 1. art. 5. quæstionis princ. 3. par. 2. lib. num. 4. fol. 191. & fol. 196. num. 2. eod. lib. ibidem,* & magis communem testatur Abb. *in c. cum M. num. 14. de constitu.* quod non est locus gratificationi, nisi omnia æqualia sunt. Sed † quo iure ciuili, an vero canonico attento fiet in præsenti graduum computatio, dicendum est quod attento iure ciuili, ex dictis per Coua. *in 4. 2. par. c. 6. §. 6. num. 8. & gl. l. 1. tit. 18. par. 7.* & alibi latius memini dictum, & fiet computatio hoc modo, quod in linea æquali transuersalium, de quibus in præsenti agendum est, quia testator nullos descendentes reliquit, & sic † in linea, quādo vterq; distat eodem gradu ab stipite, quoto gradu quis distat à communi stipite, toto duplicato distant inter se, & hoc secundum ius ciuile de quo agimus. In linea vero inæquali transuersalium, quot sunt personæ, stipite dempto, tot sunt gradus. Ita reperies in gl. arboris consanguinitatis, *libr. 6. decret. a & in 4. par.* vel breuius vtranque lineam secundū ius ciuile cōprehendens vna regula sola proposita, per Coua. *in d. §. 6. n. 7.* scilicet quot sunt personæ, vna dempta, tot sunt gradus, vel, vt inquit Ant. Go. *in d. l. 8. Taur. nu. 8.* scilicet, q̄ ad cognoscendum quis sit proximior in gradu secundum ius ciuile, semper debet fieri computatio, incipiendo ab illo collaterali, qui vult succedere, & faciendo adscensum ad patrem, vel alium adscendentem communem à quo descendunt, & postea facere descensum ad defunctum collateralem, de cuius successione tractatur, & in hoc gradu censentur esse. Vnde in linea collaterali nō potest dari primus gradus, sed computatio incipit à secundo, quia truncus semper est adimendus & expellendus, & sic fratres sunt inter se in secundo gradu. & deinceps alia persona adiecta facit alium gradum, vsque dum deueniatur ad illum, de cuius successione tractatur, & sic facilius hæc intelliges. Alia † plura in materia distributorum bonorum defuncti & executoribus eorū vide optime per Simon de Præt. *in d. tract. de interpret. vlti. volun. fo. 452. à num. 41. cum seq. omnibus, & per Mant. de coniect. vlt. vol. lib. 8. titu. 5. per totum.* Et † quis pauper dicatur, & an quilibet pauper præsumatur, dixi supra *consi. 16. nu. 1. cum seq.* & tradit optime Mascar. *de probatio. d. concl. 1154. per totam,* vbi, *num. 10. & 38.* inquit, puellam dici pauperem & admitti ad legatum pro puellis dotandis, etiam si suo labore victum quærat, vt inquit Manti. *de coniect. vlt. vol. lib. 8 tit. 5. num. 22. fol. 176. Ant. Nat. consi. 666. nu. 3. vol. 4.* Et an † tenebitur patronus proximiores eligere huius Placentinæ ciuitatis, etiam si aliæ eiusdē gradus & paupertatis sint in alijs locis extra hanc ciuitatem, & in hoc excludo casum indubitabilē, scilicet, cum tempore nominationis extra ciuitatem adsunt illæ, quæ pro tunc proximiores sunt testatori, & in hoc nulli dubium, quin illæ sint eligendæ, eo quod, vt iam dictum est, proximiores videtur in præsenti testatorem vocasse, & sic istæ præferendæ sunt, vbilibet extiterint. Alius vero, & noster casus est, scilicet, cum in hac ciuitate adsunt quatuor proximiores & pauperes, extra ciuitatem vero adsunt aliæ quatuor eiusdem gradus & paupertatis cum istis de ciuitate, poteritne patronus eligere & nominare illas extraneas, omissis ijs de ciuitate, & videtur, quod non, quia relictum † pauperibus distribuendum intelligitur de ijs, qui eo loco commorantur, in quo testator habuit domicilium, quia maiorem affectionem ad eum locum habuisse creditur, *l. si quis ad declinandum, §. vbi autem, l. nulli, §. sin autem. C. de Epis. & cleri. Tiraq. de priuil. causæ piæ priuileg. 56. Mant. vbi su. d. lib. 8. nu. 2. titu. 5. fol. 175. Simon de Pratis, de interpret. vlti vol lib. 1. pag. 105. n. 26. & est optima l. 20. tit. 3. par. 6. vbi gl* sed tamen in nostro proposito contrarium crederem tenendum, tum quia ex verbis nostræ clausulæ decerpitur clarissime: Nā testator hic solum habuit affectionē ad proximitatem & paupertatē, nō vero ad aliud, & sic solū hoc tenētur patronus & conciliū considerare: tum etiam, quia dū de ciuitate testator in hac clausula meminit, solū fuit deficientibus suis consanguineis, & sic quoad eas nullam circa ciuitatem affectionem habuit: nam si haberet declarasset, sicut hic, & vbi non expressit non voluit: *arg. l. vni. §. sin autem ad deficientis, C. de cadu. tollen. & hoc arg. vtitur Soci. consil. 227. num. 7. vol. 2. & Tiber. Deci resp. 1. num. 131. volu. 2.* & † vbi testator expressit, cuius, gratia, intuitu, vel affectu disposuerit, id est sequendum *vt l. sed & si quid, ff. de vsufruct.* & tunc cessant coniectu

Margin numbers: 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63

iecturæ, *vt inquit Simon de Pratis, d. libr. 1. pag. 107. num. 5. & 6.* tum etiam, quia testator non mortuus est in hac ciuitate, neque in ea domicilium habebat, sed in Indiis, vbi multis ab hinc annis domicilium habebat; & sic cessat assumptum in contrarium adductum pro prima opinione; tum † etiam quia patrono committitur nominatio dictarum mulierum pauperum & proximiorum, quo casu potest nominare existentes extra locum, vbi mortuus est testator; secundum Ioan. And. sic post longam disputationem tenentem relatum per glo. *de aquel lugar, d. l. 20. titul. 3. par. 6.* vbi eum sequitur, & Manti. alios referens, *vbi sup. d. tit. 5. num. 2. fol. 175.* contra Couar. ibi per eum relatum contra tenentem. Et hoc verius in hoc casu mihi videtur, licet de consilio esset congruum, illas de ciuitate præferri in nominatione Patroni, & in electione concilij data paritate proximitatis & paupertatis cum extraneis, eo quod Patronus ad capellanias debet præferre ciues, & † naturales loci, forensibus, *vt per Lamber. de iure patro. 3. part. 2. lib. 5. art. 5. quæst. princ. fol. 193.* Nam data imparitate in gradu, quia extraneæ sunt proximiores, vel in paupertate maiori existunt, extraneas à loco, tam de consilio, quam de necessitate præferendas esse iudico, & consanguinitas & parentela qualiter probetur, & an per famam, si est de antiquo vide Celsum *consi. 10. num. 3. & consi. 44. n. 3.* Item † nota quod si testator iubeat distribui mille inter viginti virgines maritandas, si non reperiantur, nisi decem puellæ fieri † potest, *secundum Menes. in l. vnum ex familia, §. si duos, nu. 2. de leg. 2.* Et per hæc remanent materiæ dictarum clausularum & dubia principalia decisa, circa quæ scio diuersa fortassis iudicia reperiri posse, supradicta tamen pro nunc mihi videntur sequenda: vnusquisque tamen cum casus occurrerit profundius & examinabit & considerabit, saluo in omnibus aliorum meliori iudicio & sententia, qua quidē in Pinciana chancellaria in hac materia & memoria fuit executoriatum, quod data paritate in gradu, paupertate, & alijs qualitatibus, vicinæ & naturales huius ciuitatis Placentinæ præferantur forensibus ab ea, & per patronum præsententur, & ego vidi: & tenet Castillo de Boba. *in sua poli. de corregidores, to. 2. lib. 3. c. 3. num. 54. in fi.* & faciunt ad propositum congesta de affectione patriæ per Pelaez *de maio. 1. par. q. 57.* & an ciuium appellatione veniant oppidani, vel comitatenses, vid. Bal. nota. decisionem *in auth. & omnino, col. penul. versi. sed hic dubitatur, C. ne vxor pro marito; de qua late per Feli. in cap. Rodulphus, colu. 4. cum seq. de rescrip.* quos refert Catellia. Cota. *in memora. verb. ciuium appellatio. col. 65.* Hæc enim vt alijs sit materia meliora decidendi, & excitandi ingenia, dixisse sufficiant.

(Marginal numbers: 64, 65, 66, 67)

CONSILIVM XXV.

Præbendatus iniuste incarceratus & pro tali in sententia declaratus, an fructus grossæ & distributiones quotidianas & manualia interessentibus alias diuidēdenda percipiat?

SVMMARIA.

1 *Infirmus habetur vt residens non solum quoad grossam, verum, & quoad distributiones quotidianas. Et ibi quis dicetur infirmus quoad hoc, & quid de sene.*

2 *Impeditus impedimento quo mediante residere non potest, lucratur omnia quæ lucraretur, si personaliter resideret.*

3 *Carceratio an sit iustum impedimentum ad non residendum & pro residenti haberi, & n. 4. declaratur. & num. 7. & 8.*

5 *Impedimentum proueniens ex facto iudicis ad non residendum excusat.*

6 *Expulsus à ciuitate an lucretur fructus beneficij & quotidianas distributiones, & num. 18. Quid si sua culpa fuit expulsus.*

8 *Impeditus ad non residendum ex culpa sua, dum tamen impedimentum non proueniat ex culpa ad id ordinata, pro residente habetur, & num. 9. reijcitur distinctio ab aliquibus adiecta.*

10 *Omnia siue bona, siue mala, ex Dei permissu proueniunt.*

11 *Remedia procurata potius nocent quam prosunt, Vbi de accusante alium ne testificet contra eum.*

12 *Culpa non consideratur in quolibet impedimento, nisi ad casum sit ordinata.*

13 *Impedimentum non prodest, quando potuit remoueri, & non fuit remotum.*

14 *Impedimentum procuratū ad residentiam non prodest.*

15 *Impeditus culposus quando distributiones quotidianas non lucretur.*

16 *Pauper, si culpa sua in paupertatem incidat, an amittat paupertatis priuilegia.*

17 *Impedito culpa non consideratur quin prosit impedimentum.*

19 *Declaratur tex. in c. vni. §. qui vero, de cler. nō resi. in 6.*

20 *Declaratur decretum Concilij Tridentini 12. sess. 24. de reform. de distributionibus quotidianis lucrandis, vel non loquente.*

21 *Clericus inconsulto prælato an & quando possit à beneficio abire.*

22 *Causa immediata non vero mediata in quibuscumque hominum actionibus est attendenda.*

23 *Exulatus culpa sua an perdat fructus sui beneficij.*

24 *Iura semper considerant quod fieri iuste potest & non quod iniuste fit.*

25 *Incarceratio non habet locum, nisi præcedentibus indicijs culpæ in delicto.*

26 *Excommunicati an & quando fructus sui beneficij lucrentur.*

27 *Excommunicatus an sit impeditus ad appellandum, & à quo tempore currant ei dies ad id dati.*

28 *Obediens etiam iniustis mandatis potentissimorum dominorum excusatur. & num. 59.*

29 *Cōsuetudo vel possessio in actibus negatiuis, vel prohibitiuis non inducitur, nisi à tempore prohibitionis, vbi exemplificatur in venatione vassallorum & exemptione decimarum.*

30 *Possessio rerum incorporalium eodem fere modo acquiritur sicut corporalis.*

31 *Consuetudo contra ius canonicum vel contra rationem in eo scriptam quadraginta annorum præscripta requiritur.*

Con-

32 *Consuetudo vt inducatur animus & alia requiruntur.*
33 *Consuetudo vel præscriptio ex actibus voluntariis non inducitur.*
34 *Argumentum à contrario sensu non procedit in derogationem iuris.*
35 *Restitutio spoliato vt denegetur quæ probatio proprietatis requiratur.*
36 *Spolians alium propria authoritate amittit ius prætensum in causa.*
37 *Clericus exemptus est à iurisdictione seculari etiam iudicum superiorum & in prima instantia à iurisdictione Nuncij Reuerendissimi Sanctitatis nostræ.*
38 *Nullitas proueniens ex defectu iurisdictionis omnibus alijs maior est.*
39 *Spoliare dicitur iudex incompetens quantumuis seruato iuris ordine procedat.*
40 *Incarceratio facta contra iuris ordinem iniusta iudicatur.*
41 *Nullitas proueniens ex defectu iurisdictionis vel iniustitia notoria nullo tempore conualidatur, nec ratihabetur, ibid.*
42 *Ratihabitio est fictio & in fictione requiritur habilitas extremi ad quod.*
43 *Ratihabitio in præiudicium tertij nihil operatur.*
44 *Iuramentum non validat contractum in præiudicium tertij non consentientis, nec alienatio iurata per filium patri præiudicat.*
45 *Ratihabitio non conualidat actus nullos ex defectu solemnitatis, cuius defectus non pendet ex potestate ratificantis.*
46 *Actus agentium non debent operari vltra eorum intentionem.*
47 *Sententia nulla ob defectum iurisdictionis neque valet in vim pacti.*
48 *Delictum nunquam præsumitur, nisi probetur,*
49 *Præsumptio quoad rectitudinem processus non habetur pro iudice.*
50 *Iudex acquiescens mandatis alterius iudicis videtur suum mandatum reuocare.*
51 *Regi omnis anima & clericus etiam obedire tenetur, & num.52. Quod ad eius vocitum est recurrendum.*
53 *Prælati ecclesiastici ad vocitum Regis tenentur occurrere, & num.54. Ratio assignatur.*
55 *Preces principum mandata dicuntur.*
56 *Episcopus vocatus à Rege, Archiep. vel Papa, cui adire teneatur.*
57 *Detentus à iudice ordinario & vocatus à Rege an ei adire teneatur.*
58 *Regis authoritas excusat.*
59 *Obediens etiam iniusto præcepto [illegible]ioris excusatur.*
60 *Rex semper præsumitur nolle in[illegible]a præcipere nec vti velle potestate ei non concessa.*
61 *Resistere dicitur Dei ordinationi qui mandatis principis obediens non est, & num.62.*
62 *Regia Potestas non hominum sed Dei ordinatione fuit inuenta.*
63 *Iudicium semper redditur in inuitum.*
64 *Carcerato iniuste, fructus & distributiones sui beneficij sunt restituendi, & n.65. Quod alias eis spoliatus dicitur.*
66 *Impedimentum proueniens ex facto principis dicitur iustum.*
67 *Decanatus an sicut & grossam, habeat distributiones quotidianas.*
68 *Præbenda non potest dici sine fructibus.*
69 *Corpus sine anima non dicitur corpus sed cadauer.*
70 *Clerici minus ius habent ad disponendum in fructibus grossæ quam in distributionibus quotidianis. Et quæ dicantur quotidianæ distributiones.*
71 *Distributiones quotidianæ etiam ex consuetudine non potest effici, vt quæ non sunt dicantur.*
72 *Impedimentum vbi adest, nec protestatio requiritur, & num.84.*
73 *Romam proficisci quis non potest sine magnis expensis.*
74 *Negligentia nunquam nocet nisi vbi diligentia proficeret, & num.84. declaratur.*
75 *Iudici cuius declinatur forum iniuria fit.*
76 *Metus etiam iniustus excusat à culpa.*
77 *Reuerentia Episcopi Nuntij sanctitatis nostræ vel Regis metum inducit, & num.78. Quod non censetur quis consentire in mandato eius cui reuerentiam debet.*
79 *Appellatio vt post lapsum termini admittatur, vel annullatio contractus vt sequi possit, non sufficit metus reuerentialis, nisi procederet à persona quæ soleret seruire in appellantes, & num.80. Quod sufficit si testes sic deponant.*
81 *Bona fides non solum ex iustis verum & iniustis & temerarijs rationibus causatur.*
82 *Credens bono viro excusatur.*
83 *Iudicis iussus facit licitum quod est alias illicitum.*
85 *Fructus non veniunt appellatione damni.*
86 *Incarceratus extra locum beneficij an lucretur quotidianas distributiones.*
87 *Consuetudo percipiendi in absentia quotidianas distributiones an valeat, & n.88. Quid quoad fructus glo.*

DVbitatum in facto & in casus contingentia extitit, nũ Decanus Ecclesiæ cuiusdam cathedralis huius Regni ob delictũ à fratre suo cõmissum ac perpetratum in carceribus detentus iussu Regis ac domini nostri Philippi II. & Reuerẽdissimi Nuntij Hispaniarũ, habendus esset pro residente, ita vt non solum fructus grossæ perciperet, verum & distributiones quotidianas & manualia interessentibus soluenda, cum Decanus ipse post longam incarcerationem & longum temporis interuallum esset per sententiam diffinitiuam pro libero declaratus. Pro quo quidem in iure sequentia allegaui, vt omnia hæc lucraretur fundando, & tandem in distributionibus & manualibus obtinere nõ potui, licet quoad grossam præbendæ, sic: & lis hæc fuit agitata inter ipsum Decanum ex vna parte, & capitulum ipsiusmet Ecclesiæ ex altera, prætendens, quod interessentibus accreuerunt fructus illi & distributiones ac manualia, prout moris erat, absentium fructus & distributiones accrescere, & pro Decano sequentia allegaui.

Primo quoniam supposito pro vero, prout erat, quod dictus Decanus extiterat incarceratus tam in ciuitate vbi residebat, ex mandato iudicũ in causa cognoscentium à capitulo sede vacante deputatorum, quàm in Regis curia, ipsius Regis mandato & dominorum sui Regij consilij, & Reuerendissimi Nuntij, coram quo lis agitata fuit,

est ac si dictus Decanus personaliter resideret in d. Ecclesia Cathredrali, & ibidem præsens esset omnibus horis Canonicis, ex eo quod † non solum infirmus habetur vt residens & præsens tempore infirmitatis, vt fructus grossæ lucretur verum & distributiones quotidianas, ex tex. *in c. vni. de cler. non reside. in 6. ibi, exceptis illis, quos infirmitas, seu iusta & rationabilis corporalis necessitas, aut euidens Ecclesiæ vtilitas excusaret*, qui tex. loquitur in distributionibus quotidianis & manualibus, quem ad hoc allegat Cou. *lib. 3. vari. c. 13. nu. 8.* & Hoieda, *in tracta. de benefi. in comp. 1. par. c. 17. nu. 15.* vbi, *n. 16.* quis dicetur infirmus quoad hoc, & *n. 17.* quid in fene, vbi, *num. 5.* quæ dicantur distributiones quotidianæ: Verum & † quilibet alius impeditus impedimento, quo mediante residere non potest, qui quidem omnia lucratur, quæ lucraretur, si presens esset & personaliter resideret, *secundum gl. fi. in c. fi. de cler. non resi. gl. & omnes in d. c. vni. de cler. non resi. in 6.* vbi omnes in quocunq; impedito id esse asserunt, teste Ripa *in tract. de pest. 2. par. 1. par. num. 143. & 144. fol. 7.* de quo est singulare consil. Fred. de Sen. 246. & per consequens DD. ipsi inquiunt, † carcerationem iustum impedimentum reputari, prout in nostrum propositum vltra supradictos inquit Mat. de Affl. *decis. 289. num 25.* & generaliter carceris impedimentum esse iustum & excusare non comparentem tradunt DD. *in l. quæsitum, ff. de re iudi. & in l. 2. §. si ff. de in iust. rup. & in l. 2. ff. de in ius vocan.* & Rebu. *in 3. to. consti. Fran. tit. de excusat nu.* 34. dum tamen secundum eũ *ibi, num. 67.* & Cou. *vbi su.* probetur, carcerationem fuisse causam immediatam non residendi & interessendi in Ecclesia vt quia ante solit⁹ erat residere nã si residere nõ † solebat, nihil percipiet, quoniã de fuit tunc causa causæ, id est absentiæ, & nõ interessentiæ, vt inquit Probus plures allegans *in addit. ad Ioan. Monac. in d. c. vni. de cler. non resid. in 6. num. 18. & 19.* & Menes. *in l. 1. num. 43. de leg. 2.* sed si antea residere solebat carceratus hic, & nunc pro residente & interessente habetur, durante carceratione: detentus enim ab officiali publico, sine dolo suo, excusatur, † iustumque impedimentum esse declaratur ex facto iudicis proueniens, *secundum tex. in l. arbiter si Kalendis, ff. de arbi. notat gloss. vbi Praepos. in capi. ex ratione, n. 7. de appellatio.* & † ideo expulsus à sua ciuitate si non residet, excusatur, vt fructus beneficii non perdat, etiam si essent quotidianæ distributiones, prout ex text. *in c. quorundam, 74. dist. & c. ad supplicationem, de renunciat. & c. peruenit 1. de appel. & c. inter quatuor, c. fi. de cleri. non resid.* probatur, & tradit Paris. *consi. 32. volu. 4.* & Calder. *consi. 17. de praeben.* vbi ampliat, etiam si statutum vel cõsuetudo Ecclesiæ adest, quod absentibus non darentur istæ distributiones quotidianæ, & sic inquit glo. *in d. c. fi.* quod probato impedimento fructus sunt restituendi, vt & infra dicemus.

Quæ adeo vera sunt, quod quamuis carceratio prouenerit culpa ipsiusmet carcerati, dum tamen culpa illa non sit ordinata ad casum, vt inquit Paris. *dict. consi. 32. n. 19. & 20.* & Cald. *vbi sup. & Bote. in tract. de synodo. 1. part. 2. partis, nu. 64.* & iterum infra repetemus: & † si non sit ordinata culpa illa ad non residendum, habetur pro residente, secus vero alias: quia tunc non iudicabitur residens, & idem esset si potuit ante carcerationem residentiam facere, & non fecit; tunc enim quoniam in culpa fuit in non perficienda residentia, dum potuit, imputet sibi, prout in nimis se arctante ad terminum citationis, dicunt Doctores, *in d. l. 2. §. quod prædiximus, ff. si quis cautio. & in l. sed & si quis, §. illud. in princip. ff. eodem titu.* licet & tunc æquius & benignius esse testatur Lucas de Penna *in l. fi. C. de commeatu. libr. 12.* quod restituatur, vt ei non noceat.

Neque † obstat arctatio illa, quin excusetur tanquam impeditus, & sic supradicta declarari possunt, & textus *in dict. l. 2. §. fi.* vbi vel causam præstitit, cum gloss. *ibi, verbo, præstitit.* Hæc tamen in præsentiarum deficiunt, vtpote, quia carceratio non fuit ordinata ad nõ residendum, neque ante potuit Decanus ipse perficere residentiam, & semper resedit vsque dum captus fuit: igitur carceratio eius excusat: tum, vt non habeatur pro non residente, sed potius pro residente, vt sic fructus, distributiones & manualia lucretur, tanquã si personaliter resedisset. Quod enim per me non stat, ex iuris regula mihi imputandum non est, idq; ex sequentibus clarius apparebit: Primo videlicet ex eo, ꝙ præsupposito, vt diximus, quod infirmitas & carceratio est iustũ impedimentum, & ꝙ quamuis culpa impediti proueniat, dum tamen ad non residendum ordinata non fuerit, habetur pro residente, tanquam si personaliter resedisset, *secundum Couar. lib. 3. vari. c. 13. nu. 8. illat. 6. & 7.* Idem dicendum est in alio quocunque impedimento, vt *ex d. c. fi. de cler. non resid.* clare colligitur, & notãt Paris. & Cald. vbi su. præmaxime in impedimento carceris, quod in hoc infirmitatis æquiparatur impedimento, & æquiparatorum eadem esse debet dispositio iuris, & idem ius, *ex l. Iulianus, §. si procurator, ff. de actio. emp. Euerar. in loco ab æquiparatis*, lexque loquens in vno ex eis, in alio etiam loqui videtur, *tex. in c. translato, de constitutio. in auth. post fratres, & ibi Bal. C. de legi. haeredi.* & ideo lex noua corrigens antiquam in vno de casibus æquiparatis, & alios corrigere censetur, *vt in l. quod vero, ff. de legibus, notat Burg. de Paz in l. 3. Tau conclu. 2. nu. 70. fol. 181.* Et sic quamuis incarceratus appareat in culpa in delicto ob quod incarceratur, habetur pro residente, & fructus ac distributiones & manualia suæ præbendæ lucratur, ac si personaliter resideret. Neq; † admittenda est in hoc casu distinctio ab aliquibus facta & atributa ipsi D. Cou. *in d. illatio. 7. & 11.* inter impedimentum ab infirmitate causatũ, ab alijs impedimentis alia ex causa prouenientibus. Et assignant ratione non dignam, neque tanto viro imputandam, scilicet, ꝙ impedimẽtũ infirmitatis à Dei voluntate procedit, ideo nimirum si in ea culpa non consideretur, alia vero impedimenta ex causa alia procedentia, quasi prouenientia à iure, vel ab homine non excusent, neque consideretur, si à culpa impediti processerint. Verbalem enim hanc iudico distinctionem & differentiam & sine ratione differentiæ; nam si ipsemet Coua. culposam infirmitatem excusare dicit, cur non & culposa incarceratio excusabit? cum in infirmitate & incarceratione culpam adesse supponat. Neque quoad hoc est distinguendum circa impedimenta, proces-

cesserint ne à Dei permissu, vel ab homine, vel à iure: quam enim infirmitatem vel carceratione, vel alium quemlibet laborē & tristitiam ac tribulationem, & sic quodlibet impedimentum à Dei voluntate non procedere, dici poterit? certe nullum. Nam omnia † bona & mala, vita & mors paupertas, & honestas ex Dei permissu proueniunt, *vt Ecclesia. 11. Aug. lib. 5. de ciuitate Dei c. nimirum, 16. q. 5. notat Abb. in c. 1. de sepultu. Deci. in rub. nu. 2. de constitut.* Sed si omnia à Dei voluntate & permissu procedunt, & sine ipso factum est nihil, non est curandum de supradicta distinctione, & sic ipsemet Coua. hæc perpendens *in d. illat.* 7. inquit, quod tunc culpa infirmitatis non obstante habetur infirmus pro residente, quoties non est ordinata ad casum, scilicet, ad non residendum, secus vero si ad id ordinaretur, vt in absentia posset fructus ac distributiones percipere, quoniam tunc noceret quidem culpa illa, neque infirmitas illa excusaret, sicut neque aliud quodlibet impedimentum; nocent † enim & non prosunt remedia procurata, prout in impedimenti materia inquiunt Bart. & Ias. *in l. 2. §. fin. ff qui satisd. cog.* idem Ias. optime *in l si seruus plurium, §. si quis ante. nu. 4. per text. ibi, de legat. 1.* vbi cum sequentibus aliqua infert, & præsertim ad illud, scilicet, quod accusans aliquem, vt postea eum repellat à testificando, nihil sibi prodest, quia est inimicitia procurata, *Tiraquell. de retract. lign. §. 35. glos. 4. numero 29.* & quando intelligetur quem affectasse vel procurasse, vide eundem Ias. *in d. §. si quis ante. nu. fin.* & ita ipsemet Coua. *in lib. 2. varia. ca. 16. num. 9. versic. 2.* latius & melius id declarat, supradicto modo culpam considerando, & cum *in d. 7. illatione* retulerit se ad dicta per eum *in d. c. 16. numero 9.* vbi sic declarat idem quod tenet *in d. num. 9.* censendum est tenere *in d. 7. illatione*, & per consequens nostram opinionem, vt, scilicet, † culpa non consideretur in quolibet impedimento, nisi ad casum sit ordinata, & ita etiam declarat Bote. *vbi sup.* & voluit Parisi. *in dict. consil. 32. numer. 19. & 20. libr. 4.* & melius Gometi. *in regul. de annali posse. quaest. 14. column. penult. versicul. 2.* quia quando, & Balb. expresse in terminis, *dict. capit. quia diuersitatem, de concess. præb.* Balb. inquam *in tracta. de præscript. 1. parte, 6. partis princi. casu 22. num. 22.* nisi secundium eum, *ibi num. 33.* potuit, † impedimentum remoueri, & non fuit remotum, ibidemq; ista intelligit, siue impedimentum sit facti, siue iuris, & sic Gometi. *vbi su.* declarat consilium 9. Roma. & iura probantia, impedimentum facto, & sic culpa impediti proueniens, non excusare, vt scilicet, id verum sit, quoties † tale impedimentum esset procuratum ad non comparendum citationi, vel non residendum in beneficio, secus vero alias, *vt per Ripam in c. 1. num. 28. de iudi.* quasi tunc sit affectatum malitiose, ne resideat, & affectatum impedimentum tunc nocet, quoties continet malitiam, *vt per Sfortiam in tract. de restitu. in integ. q. 27. artic. 1. num. 4.* & cum in nostro casu non sit probatum, culpam aliquam contra Decanum extitisse ad non residendum ordinatam, imo potius contrarium deducitur, cum probatum sit antea continuo dictum Decanum solitum esse residere, & quod si incarceratus non fuisset, resedisset & residentiam perfecisset, nihil ei obstat culpa in delicto, si quæ adesset probata in processu, quæ non est. Neque est credendum, ipsum talem culpam procurasse ad non residendum, cum ei nihil proficeret, neque in foro fori, neque in foro poli, & consequenter Doctores dicentes, quod † distributiones quotidianas non lucratur impeditus culposus, loquuntur, & intelligendi sunt, quoties culpa est ordinata ad casum, & sic malitiosa, eo quod iura per hos Doctores allegata pro sua opinione, quæ Roma. *in d. consi. 9.* allegat & Bart. *in l. 2. §. fin. ff. si quis cautio.* sic declarantur & loquuntur vt apparet ex eodem, *§ fin. ibi, affectauit, & tenet Felin. in capi. cum inter, num. 20. de exceptio. & Ripa in dict. cap. 1. numer. 28. de iudi. & Alexand. in l. quamuis, num. 11 ff. soluto matrimonio, & Ias. in authen. res quæ, num. 21. C. communia de leg. & Tiberi. Decia. Respon. 69. num. 8. pagi. 511. volum. 2.*

Et quamuis sit communis opinio, quod † pauper perdit priuilegium iuris, si culpa sua incidit in paupertatem, *Ias. vbi supr. & Coua. lib. 2. varia. ca. 16. num. 9. versi. tertio est*, potest dici ibidem esse speciale, quia sic reperitur determinatum, neque contrarium decisum, sed in nostro casu & materia ex iuribus in sequenti versiculo deductis, reperimus dispositum, impeditum etiam culposum, dummodo culpa non sit ad casum ordinata, haberi pro residenti: igitur verum nostrum assumptum & fundamentum pro dicto Decano, imo & in paupertate, *secundum Ias. vbi su.* passus est disputabilis, & communis illa refutari potest, quoties culpa non est ad casum ordinata.

Secundo, quoniam habemus iura expressa, scilicet, tex. *in d. c. 1. de iudi* & meliorem tex. *in d. cap. quia diuersitatem, de concess. præben.* probantes quod † culpa in impedito non consideratur, quin impedimentum prosit, *vt ibi notant Card. & alij, & Ripa, d. c. 1. num. 28.* & † sic expulsus à ciuitate vel exitius etiam culpa sua excusatur, & habetur pro residente, vt fructus sui beneficij capiat, & distributiones etiam quotidianas, ac si in persona resedisset, prout omnes tenere asserit Paris. *in d. consi. 32. num 19. & 20. volumn. 4.* & affirmat Calderi. *d. consil. 17. de præben.* etiam si in Ecclesia secundum eos, & Probum *in additio. ad Monach. in d. c. vnic. numero 22. de cleri. non resi. in 6.* esset consuetudo, quod absentibus distributiones quotidianæ subtraherentur: nam debet intelligi consuetudo illa, nisi ex iusto impedimento absit, sicut & ius intelligitur, prout probare mihi videtur textus *in dicto. ca. vnico, §. qui vero, de cleri. non residen. in 6.* qui † quidem textus non videtur reprobare consuetudinem, nisi in casu in quo iusta absentiæ causa non daretur, secus vero alias. Neque est intelligendum, ex textu illo omnino esse necessariū, vt impeditus tales distributiones in absentia percipiat, cōsuetudine id obtentū esse debere, ita

vt

vt corrigatur ius commune, non requirens dictã consuetudinem; sed est dicendum, quod dummodo legitima consuetudo non sit in contrariũ perdendi scilicet, absentem legitime impeditum, distributiones quotidianas, non perdet eas taliter impeditus; non est enim sumendum argumẽtum à contrario sensu, vt correctionem inducamus, & textus ille solum venit ad reprobandam consuetudinem illorum, qui solum in ea se fundabant, cum essent præsentes in populo, & nolebant residere, non vero improbat text. ille talem cõsuetudinem introductam in casu, in quo iusta causa absentiæ adesset; neque itidem videtur improbare quod idem sit, etiam si talis consuetudo non probaretur, dum tamen contraria consuetudo non adsit, non percipiendi dictas distributiones etiam legitime impeditum, & decretum † Concilij Tridentini, 12. *sess. 24. de reforma. in versiculo, distributiones,* solum priuat illos distributionibus, qui collusione aut remissione vtuntur, in renouationem dict. capi. vni. *de cleri. non residen. in 6.* non vero priuat illos, qui ex iusta causa impediti sunt, imo potius hi ex decreto 1. *in princip. sessionis 23. de reforma.* in eodem Concilio Tridentino excusantur, dum tamen has absentiæ causas approbet Papa, aut Metropolitanus & eo absente suffraganeus Episcopus: nam vt inquit Ant. de Butrio *in cap. inter quatuor, de cleri. non residen.* quod licet clericus non possit sine consensu prælati abesse à suo beneficio *per cap. relatum, de cleri. non resid.* si tamen † superueniat talis necessitas, quæ sine periculo non permittat adire prælatum, potest abire eo inconsulto. Sequitur alia in simili referens Tiraquel. *de legi. connubia. glos.* 8. *numer.* 131. Decanus tamen in nostro casu non potuit præuenire licentiam Metropolitani, neque Episcopi suffraganei antiquioris, quia cum maxima breuitate fuit ductus ad Matritum ad mandatum Regis ac Reuerendissimi Nuncij, ibidem existentis: ergo nihil est ei imputandum de absentia, etiam circa distributiones quotidianas percipiendas. Ex quibus in materia & casu nostro inquit Matth. de Afflict. *decisione Neapoli.* 289. *num.* 26. quod non est attendenda culpa, sed iustitia, & æquitas, à qua quidem iustitia procedit, carcerationem legitimum iudicari impedimentum & iustum: & ideo ipsa carceratio, & non culpa præcedens ad carcerandum consideranda est, & attendenda in impedimenti materia. Nam vt apparet, ex dictis per Cardi. Alex. *in d. c. quia diuersitatem, numero 4. ad fi.* culpa, si quæ contra Decanum resultabat, non fuit in præsentiarum immediata causa impedimenti, sed incarceratio ipsa, & mandatum de incarcerando, quod quidem mandatum contra Decanum ipsum prolatum, nõ est culpa, sed pœna ipsius culpæ, vt de excommunicatione inquit tex. *in c. 1. de sent. excõm. in 6.* Et ideo non refert, fuerit iusta carceratio vel iniusta, sed tantum attendi debet, quod virtute incarcerationis, quæ iustũ impedimentum reputatur & immediatum, vt residere Decanus non posset, cum antea continuo residere soleret, vt Decanus pro residente habeatur, *vt inquit optime Dec. consi.* 454. *nu.* 6. *& Tibe. Dec. resp.* 69. *num.* 8. *vol.* 2. Impedimentum enim ad hoc tanquam immediata & finalis causa est attendendum, non vero ipsa causa ad carcerandum resultans, quæ est mediata, vt optime in propositũ, & in impedimenti materia vltra Calder. vbi supra, inquit & considerat Roch. de Cur. *in tracta. iuris patron. verbo, competens, num.* 23. *&* 24. Et in † quibuscunque hominum actionibus causa immediata, non vero mediata, attendenda est, secundum Compostel. & Felinum relatos per Gometium *in regula Chancellariæ, de iure quæsito non tollendo, quæst.* 3. *versi. & tenendo istam partem, fol.* 39. *in paruis,* & ita etiam considerat Calder. *dicto consilio* 17. *de præbendis,* qui ad hoc allegat d. ca. quia diuersitatem, & sic Calderinus ibi, tenet contrarium illius dicti, ad quod Coua. *in d. c.* 13. *num.* 8. *illatione* 10. eum allegat, neque patitur declarationem ibi per ipsum Couarr. assignatam, & sic Paris. *dicto consi.* 32. *num.* 19. *&* 20. pro nobis allegauit & bene dictum Calderini consilium, ex quo Ripa *in d. cap.* 1. *de iudi. num.* 28. declarat doctrinam Abba. *in cap.* 1. *de iudi. num.* 3. *de arbi.* dicentis, quod † exulatus culpa sua perdit fructus beneficij sui, vt id verum sit quoties culpa est immediate ordinata ad casum, & sic ad non residendum, secus vero alias, & sic cap. vni. *de cleri. non residen. in 6.* nullam mentionem *in §. quia vero. neque in alijs §§.* facit de culpa, & quamlibet iustam aliam causam, quam infirmitatis etiam excusare dicit. Ergo neq; nos distinguere debemus impedimentum infirmitatis ab alio quolibet impedimento, & sic iuste Paris. *consil.* 32. *numero* 20. *volumine* 4. dicit communem esse, quod etiam culpose impeditus habetur pro residente, etiam quoad distributiones quotidianas. Maxime, quod potius est intelligendum ex eo, quod iura semper in potiori significatu sunt intelligenda: verba enim per prius intelligenda sunt, & non per posterius, *l. qui liberis, §. hæc verba, ff. de vulg. l. fi. C. de ys, qui ven. ætat. impet.* & itidem iura † semper considerant quod fieri iuste potest, & non quod iniuste fit, *tex. in l. sed licet, ff. de offic. præsi. tex. & gloss. in leg. incredibile. C. de pœnis, leg. secunda. C. de officio ciui. iud.* est inquam intelligendum, quod in hoc casu in quo Doctores loquuntur de assignanda incarceratione & habenda pro iusto impedimento, quod omnino supponendum est, iura & Doctores velle, culpam carcerationis præcedere, cum de iure sit, quod † nullus incarcerandus est, nisi præcedant indicia & informatio culpæ, in delicto pro quo incarceratur, *vt probat tex. in l.* 1. *in princip. ff. de quæstionib.* notat Hipolyt. *in practi. §. constante, num.* 1. *Siman. de institu. Cathol. cap.* 16. *in prin.* præsertim cum grauibus personis, & in dignitate constitutis, prout est dictus Decanus, & sic manifestissime sequitur, quod Doctores considerantes carcerationem pro iusto impedimento, considerant eam, præcedente culpa ad incarcerandum, & quod hæc culpa non est attendenda, quin ea non obstante carceratio declaretur iustum impedimentum non residendi, & tunc culpa consideretur non vt causa immediata non residendi, sed mediata, carceratio vero ipsa causa immediata iudicetur, & per

per consequens, quod quantumuis in nostro casu daretur culpa in dicto Decano non attendatur, quin ea non obstante habeatur pro residente, tempore quo incarceratus existit, præmaxime, dum ipse Decanus sit pro libero declaratus à delicto ei imposito, vt sic etiam considerauit Naua. *consil.9.de cler. non residen.*

Quibus nō obstat doctrina relata per Couar. *in d.lib.3.var.d.c.13. illatione 12.* de † excommunicato iuridice, & iuste, qui quidem non lucratur fructus sui beneficii, prout lucratur iniuste excōmunicatus: quoniam si bene ponderetur & attendatur id, quod ipsemet Cou. *in fi.d.illatio.12.* dicit, potius loquitur in fauorem Decani & sup. dictorū, eo quod in doctrina hac d. domini Couarr. illud quod priuat excommunicatum, iuste lucrari fructus beneficii, non est culpa illa ob quam excōmunicatio imponitur, sed ipsa excommunicatio hoc efficit, quæ quidem est pœna culpæ, *vt probat tex. in c.1. de sent. excom. in 6.* & sic excommunicatio fuit iusta: quia contra culposum & contumacem lata propter quod excōmunicatio illum legauit, non lucratur beneficii sui neq; distributiones, eo quod excommunicatio est illa, quæ ab hisce fructibus & distributionibus priuat, & communem testatur Coua. *vbi sup.* & Ripa *c.1.nu.27. de iud.* & è contrario si iniusta fuit excommunicatio ob defectum culpæ, deficit pœna culpæ, & sic excōmunicatio, & per consequēs lucratur talis iniuste excommunicatus fructus ac distributiones. Ex quibus decerpes, quod culpa non est illa, quæ priuat à lucro fructuum & distributionum, sed excommunicatio: culpa autem tantum tunc consideratur ad hoc, an ligauerit, necne excommunicatū; & consequenter excommunicatio est causa immediata non lucrandi fructus & distributiones, non vero culpa iustificans excommunicationem impositam: fortificaturque ex communi opinione, quæ habet, quod † ex eo quod excommunicatus est impeditus ad appellandum à sententia extraiudicialiter, *secundum Innocentium relatum per Abba. in c.cum inter, num.17. de appellatio.* licet dies ad appellandum currant ei à die notificationis sententiæ, tamen eo absoluto restituitur ad appellādum, & currunt dies appellandi à die absolutionis, secund. Abb. *ibid.n.19.* cuius opinionem communem testatur Prob. *in additio. ad glos. prag. sanctio. tit. de causis, §. statuit. lo 2. glos. offensus, tomo 2. pag. 18. in paruis,* vbi id verum intelligit, nisi detur negligētia in excommunicato in petenda absolutione. Ecce igitur quomodo & in hoc casu excommunicatio consideratur ad impedimentū inducendum, non vero culpa ob quam excōmunicatio est imposita. Et fortificatur ex hoc nostra intētio, quod causa immediata non residendi est excommunicatio, & hęc cōsideratur, non vero culpa iustificās excommunicationem, præsertim, quoniā vt inquit Cou. *vbi supra* Excommunicatus potest faciliter exire ab excommunicatione, incarceratus vero non, maxime si adfuerunt indicia vrgentia ad carcerandum, & incarceratio fuit inducta mandato ita potentissimi domini, sicut Rex noster, & Reuerendiss. Nuncius, quorum mandatis difficile est, & inhonestum resistere; excusaturq; † eorum mandatis, etiam iniustis obediens, propter bonum obedientiæ, *glos. per tex. ibi in c. si quando, de rescr.*

Minus etiam obstat dicere, quod deest cōsuetudo in d. Ecclesia non habendi pro residente iuste vel iniuste incarceratum, & non numerandi, cum pro grossa, fructibus aut distributionibus: quoniam vltra quod non lucrari vel non numerari, est actus negatiuus, & itidē prohibitiuus, quo † casu nulla possessio vel quasi vsus vel consuetudo acquiritur, nisi prius adsit negatio, vel prohibitio, & post transiret tempus sufficiens ad inducendum consuetudinem, possessionem, vel quasi actus contrarios, *ex text. in l. hac autem iura, de seruitu. vrba. tex. gl. & DD. in l. qui luminibus ff. eodem titulo, & in l.1. & ibi Bartol. C. de seruitu.* vbi Meneses *nu.14.* hanc communem testatur opinionem, *& gl. in authent. quas actiones. C. de seruit. communis secundum Ias. in l. quominus, num. 31. ff. de flumin.* & Menes. *in dict. authen. quas actiones, n.14. & n.19.* infert ex hac communi vasallos domini alicuius, etiamsi non fuerint venati per mille annos, non posse à venatione per dominum prohiberi, quousque eos semel saltim prohibuerit, illi prohibitioni acquieuerint; sicque & in decimarum exemptione requiritur prohibitio: quia est actus negatiuus, *secundum Cumanum consil. 84. nu.3.* & ratio est, quoniam requiritur factum hominis ordinatum, ac veluti præparamentum ad illam quasi possessionem acquirendam. Possessio † enim rerum incorporalium, secundum Innocen. *in cap. in literis, n.9 de restitu. spoliat.* eodem fere modo quæritur, quo possessio rerum corporalium, nēpe corpore & animo, vel facto & animo: factum autem deest & insuper animus, quoniam deficit prohibitio, seu denunciatio, quæ prohibitio, seu denunciatio constituit possessorem eum, qui possessor non erat, *l. si is qui pro emptore, §. si seruus, ff. de vsucapionibus, l.1. §. quod prætor ait, versi. quæsitum, ibi, maxime. ff. quorum legatorum.* Igitur deficit quasi possessio, vsus & consuetudo. In præsenti tamen non solum constat de actu negatiuo vel prohibitiuo, verum & asseritur, nunquam similem casum successisse: ergo nihil supradicta obstant. Vltra hoc etiam nulla adest hic probata consuetudo, neque bene articulata, quoniam supposito, esse de iure, vt dictum est, incarceratum esse iuste impeditum, & omne iustum impedimentum præbere excusationem & causare residentiam, ac si personaliter fieret, vt supra probatum est, ad † inducendam consuetudinem in cōtrarium tempus quadraginta annorum requiritur, & quod sit præscripta, *ex tex. in cap. fin. extra, de consuetudine, & text. in cap.3. eodem titulo, libr. 6. & ibi communiter Doctores, & præsertim per Rochum in dict. cap. fin. glos. fin. n.35. fol.45. in paruis,* idq; non solum procedit quando consuetudo esset introducenda contra ius Canonicum, verumetiam quādo contra rationem in iure scriptam, *secund. glo. in c. vt litigantes. de offi. ord. li.6. & P. & Rauen. in enarrationibus suis positis per Roch. vbi sup. num. 20. fol. 124. in paruis,* & ideo iure Canonico hoc vocatur præscripta consuetudo, eo quod alias non esset consue-

P tudo,

tudo, ſed voluntas eam introducendi, vt inquit 32 Bald. *in cap. 1. de feud. cogn.* imo † & animus conſuetudinem inducendi requiritur; & alia de quibus per Rochum *vbi ſup. ſectio. 8. num. 10. cum ſeq. pluribus fo. 90. in paruis.* Difficillimeque probatur conſuetudo, & eſt quaſi impoſſibilis probationis, *ſecundum Fulgoſ. conſi. 6.* 33 Et † dato, quod eſſent aliqui actus voluntarii circa hoc non inducitur ex eis cōſuetudo, vel præſcriptio, *ex l. qui iure familiaritatis, ff. de acquiren. poſſ.* & actus capitulares præſentati ex quibus conſtat iuſſum fuiſſe in capitulo numerari pro reſidentib. incarcerati non ſolū non faciūt contra Decanum, verum & prō eō; ex eo quod iubetur exequi id, quod à iure diſpoſitum erat: neque poteſt ſumi argumentum à contrariò, ſcilicet, quod niſi capitulum id iuberet, non haberentur pro reſidentibus, quoniam hoc non eſt 34 probatum, neque † argumentū à contrariò procedit in derogationem & correctionem iuris, *vt per Euerar. in centuria, loco ab argumento à cōtrario ſenſu,* maxime cum hic agatur de reſtituendo ipſum Decanum in poſſeſſione recipiendi fructus, & diſtributiones, quo caſu omnino reſtituendus eſt ante omnia, cum hic non probetur de defectu notorio proprietatis per ſententiam, vel proba- 35 tionem probatam, quod † requiritur vt reſtitutio denegaretur, *ſecundum Aymon conſil. 229. n. 8. & 302. n. 3. late per Meno. de recu. poſſ. reme. 1. n. 228. & Auend. cā. 4. per tot. lib. 1. n. 11. & late diximus in l. 2. ti. 13. n. 37. cū* 36 *ſeq. li. 4. recop.* imo † & cū ex propria autoritate aduerſarii ſpoliationē hanc fecerint, ius ſi quod ad fructus habebāt, amiſerunt, *ex c. cū qui, de prab. in 6.* quod quidem ēt quo ad fructus procedit, *ſecūdum Rebuſ. in 3. tomo conſti. Frān. tit. de cauſis bene poſſeſ. ar. pen. gloſ. vni. in fi.* Et ſic ceſſant omnia in cōtrariū adducta:

Et procedendo in cœpta conſtat itidem de notoria Decani iuſtitia in hac fructuum & diſtributionum cauſa, ex eo præmaximè, quod carceratio d. Decani fuit iniuſta & in tempore facta, in quo reſidentiam ſuæ præbendæ adimplere poterat, prout fuit, dum extitit in curia Regis detentus, mandato ſuperiorum, & Reuerendiſſimi 37 Nuncii Hiſpaniæ, qui † ſalua reuerentia non erant contra Decanum iudices competentes, eo quod erat clericus & beneficiatus, & abſque conſenſu ſui Prælati, & ob eius negligentiam in prima inſtantia procedere non poterat Nuncius & multo minus ſuperiores iudices ſeculares, *ex tex. in cap. 1. & cap. ſignificaſti, de foro compet. & ex decreto concil. Trident. ſeſſ. 24. de reformatione,* etiam ſi ipſe Decanus conſentiret, *glof. & omnibus in dicta leg. ſignificaſti, & Paul. de Caſtro in leg. ſiquis in conſcribendo, numero 2. Codic. de epiſco. & cleric. & in leg. 1. num. 9. ff. ſi quis in ius vocatus nō ierit,* & optimè per Rollan. *conſil. 4. numero 10. cum ſequentibus aliquib. lib. 1. vbi ampliat,* neque potuit tacitè, vel expreſſe præbere iuriſdictionem dictis iudicibus dictus Decanus, *ſecundum Prepoſit. in cap. ſi duobus, numero 18. & 19. de apellationib.* & ſic omnia per dictos iudices acta fuerunt nulla, ex dictis iuribus, & ex dicti Concilii decretro, & ex latè dictis per gloſ. & Doctores *in Clementina 1. de ſequeſtra. poſſeſſ. & fructuum;* & in eius propoſitum, per Couar. *in practic. cap. 25. n. 4. & Meneſ. in leg. 1. numero 31. Cod. de iuris & facti ign. Anto. Gom. tomo. 3. varia. cap. 12. numero 8. in fin.* & nouiſſimè per Mexiam *in leg. de Toledo, in reſpon. ad 1. fundamentum 2. part. numero 11. cum ſequen. plurib. & in 15. fundam. 2. par. numero 1. & 2.* quos ad hoc referre ſufficit, cum de iure ſit clariſſimum, nullitatem ex † defectu iuriſdictionis vel iniuſtitiæ eſſe aliis omnibus nullitatibus maiorem, 38 prout in terminis capturæ tenet Boſſius *in ſua practi. crim. tit. de confeſ. n. 48. fol. 149.* Et † ſpoliare di- 39 citur incompetens iudex, quantumcunq; ſeruato ordine iudiciario proceſſerit, & nullum eſt quidquid per eum fit, *ſecūd. Menochium, de recup. poſſ. remed. 8. n. 13. cum 4. ſeqq.* Imo quamuis competens ſit, ſi nulla eſt eius ſententia, & virtute eius ſit ſpolium; competit remedium poſſeſſorium, & reſtitutorium; *ſecundum Abb. relatum & ſequutum per Dec. conſil. 125. numero 8.* & per conſequens captura & incarceratio dicti Decani fuit nulla & notoriè iniuſta, & ſpolium fuit commiſſum per capitulum in denegatione fructuum & diſtributionum & obuentionum dicti Decanatus. Nam & de iure habemus, quod † captura & incarcera- 40 tio facta contra ordinem iuris, eſt iniuſta, & talis iudicatur, *ſecund. Ioannem And. & Domi. in c. dilecto de ſenten. excom. in 6. & Hipo. in pract. §. attingam. nu. 43. & Botr. optimè deciſ. 215. n. 54.* & ea † quæ nulla ſunt 41 ipſo iure, ex defectu iuriſdictionis vel manifeſtæ & notoriæ iniuſtitiæ, etiam tractu temporis conualeſcere non poſſunt, *ex reg. quod in initio. ff de regu. iur. vbi Decius plura allegat,* neque tunc ratihabitio facta poſſet operari; neque operatur retrotractionem; *ſecundum Dec. ibi. numero fin. & Bar. in leg. obſeruare, in prin. ff. de officio proconſ. & leg. & ibi Oroſc. numer. 26. col. 415. & Iaſo. in leg. ſtipulatio iſta §. alteri, numer. vndecimo. ff. de verb. obl. & Rebuf. in praxi beneſi. regul. de public. reſignā. glo. 18. numer. vigeſimo ſeptimo,* eo † quod ratihabitio eſt fictio & in fictio- 42 ne requiritur habilitas extremi ad quod *ſecundum Bar. numer. 4. Iaſ. 127. in leg. ſi is qui pro emptore, ff. de vſucapio. & Ant. Gom. tom. 2. Var. cap. 11. numero trigeſimo, limit. 3.* præſertim † cum eſſet in præiudicium 43 tertii, & ſic iudicis ordinarii dicti Decani, nihil ratificatio operatur de iure, *ex l. obſeruare, §. poſt hac ff. de officio Procon.* neque tollit ius tertii, *ſecundum Ioan. Andr. in regul. ratihabitionem, de regul. iur. in ſexto Bar. in l. bonorum; ff. rem ratam haberi.* & † ideo iura- 44 mentum non validat contractum in præiudicium tertii non conſentientis, & ſic alienatio iurata per filium facta non præiudicat Patri, *ſecundum Baldum Angelum, Salicet. & Paulum in leg. fin. §. filiis autem; per textum ibi. C. de bonis quæ lib. communis ſecundum Oroſ. in leg. & hæredi, §. filiaſfamilias. numero quarto & quinto, ff. de pact. Anton. Gom. tomo 2. variarum, cap. de ſeruitut. numero decimo,* Ratihabitioque 45 † non operatur actus nullos propter defectum ſolemnitatis, validitatem, cuius ſolemnitatis ſupplementum non dependet ex poteſtate ratificantis, *ſecundum Innocentium relatum per Abb. in c. prudentiam. numero decimo nono, de offic. delegat. & Feli. in cap. ex parte Decani, numero vigeſimo quinto; de reſcrip.* & cum Decanus in iuriſdictionem non ſui iuris conſentire non potuit, ex dictis neque ratificare; vel va-

vel validare potens fuit in contrarium acta per iudicem non suum, etiam si tacuerit, neque contradixerit, ex dictis, & ex doctrina Aufre. *in clementina 1. de officio ordin. colum. penult. in antiquis*, adeo, vt neque in vim pacti supradicta valerent, cum id non sit expressum à Decano, neque cum partibus conuentum, & † actus agentium non debent operari vltra eorum intentionem, vt in iis terminis declarat Abbas *consilio 61. volumine primo*; Item, quia † quoties sententia est nulla propter defectum iurisdictionis, neque in vim pacti valebit, secundum Aretinum singulariter *in c. at si clerici, colum. 5. extra de iud.* vbi & inquit, quod omnia itidem nulla erunt, prout & apparet ex. d. decreto Conc. Trid.

46 47

Quibus nō obstat obiectio partis aduersæ, dicentis, quòd cum acta ex Regis mandato, vel Reuerendiss. Nuncii nulla fuerint, quod durauit iurisdictio iudicum ordinariorum à Capitulo Placentino sede vacante ad hunc casum constitutorum, & cum ii iudices Decanum incarcerauerint, semper sub eadem custodia & captura censetur extitisse. Quoniam huic dictæ obiectioni respōdeo, quòd etiamsi, sine veritatis præiudicio, duraret iurisdictio dictorum ordinariorum, hic nō cōstat eos processisse ad capturam ex indiciis sufficientibus, neque quod esset culpatus dictus Decanus, & per consequens eum incarcerauerūt: delictum † enim nunquam est præsumendum, nisi probetur, *l. merito, ff. pro socio*, & præsumptio exclusiua delicti est attendenda, non vero illa ab aduersariis allegata, scilicet, quod pro iudicibus est præsumendum. Nam † quoad rectitudinem processus non præsumitur pro iudice, *secundum Innocentium in cap. innotuit, de eo qui suc. or. suc. & faciunt dicta per Thom. Gramm. decis. Neapol. 18. numer. 5.* præsertim, quia cu m † dicti ordinarii iudices sciuerint mandatum Regis de incarcerando Decano in curia Regis, neque contradixerint, sed potius acquieuerint, visi fuerunt reuocare mandatum suum de captura Decani, *ex dictis per Ias. in leg. quod iussit, ff. de re iud. num. fin.* Excusaturque Decanus Regis mandato obediens: omnis † enim anima clerico etiam non excepto, Regis mandato tenetur obedire, vt probat tex. *in l. nullus Episcopus; & in corpore vnde sumitur, C. de Episcop. & cler.* & optima & singularis lex in Episcopis & Prælatis etiam id disponens, *in l. 65. titul. 5. par. 1. & l. 15. tit. 13. part. 2. & l. 2. & 8. tit. 7. part. 3.* ad vocitumq; Regis † tanquam maioris potestatis in suo regno, & in pertinentibus ei recurrendum est, *vt in l. cōtra pupillum, ff. de re iudi.* tribunalque Regium maius vocatur à Bal. *in cap. cum parati, numer. 16. de appellation.* tenenturque † Prælati Ecclesiastici comparere ad vocitum Regis, *ex tex. in l. 13. titul. 3. lib. 4. recop. vbi diximus.* Eo † enim quod habeant clerici domicilium in regno, subditi Regis dicuntur, *secundum glos. en cuyo sennorio, in fine l. 4. tit. 15. part. 4.* & subditos Regis vocat eos glos. *in cap. tributum, 23. quæstio. 8.* quæ quidem glos. & supradicta, etsi non quo ad iurisdictionē, tamen quoad obediētiam, domicilii ratione, mandato Regis saltim notorie iniusto, procedere possunt, Præceptque † Principum, iussus & mandata dicuntur, *vt per Tiraquel. de mino. pœnis, causa 35.* Ex quibus dicebat Innocent. *in dicto capit. cum parati*, quod † si Episcopus ipse vocaretur à Rege tenetur Episcopus vocitum Regis adire, & non Archiepiscopi eum tunc etiam vocantis, nisi Archiepiscopus expresse iussisset, quod non obstante Regia vocatione, ad se veniret. Ad vocitum tamen Papæ omnino eundum est, etsi Rex itidem tunc eum vocaret: Papæ enim & Ecclesiæ potestas omnibus aliis potestatibus mundi præualet, & de ea nihil est dubitandum, & eam intactám in præsentiarum relinquimus, & omnia Ecclesiæ, ac ministerio eius Papę distributioni relinquimus, & subiicimus, & secundum illud Innocētii dictum inquit Guido Papæ, *decision.* 443. decisum in curia Gratianopolitana, & iterū *decision.* 276. de quo dicto late videndi sunt Doctores, maxime Decia. *in dicto capitulo cum parati*, præsertim cum ordinarii Placentini minime contradixerint huic mandato, neque dicto Decano aliquid in contrarium iusserint, neque allegauerint, & sic vlla culpa dicto Decano imputari non potest, ex obedientia Regii mandati, neque potest dici sub carceratione ordinariorum sedis vacantis remansisse. Et † quoniam quantumuis Decanus ipse vocitui Regis sine veritatis præiudicio comparere non tenetur, vtpote quia ab ordinario iudice detentus erat, quod tamen secundum aliquorum opinionem non poterat excusare, *secundum Præposit. in dicto capit. cum parati, numero decimo octauo, de appellat.* in sua hoc esset potestate allegare, & licet non allegauit, neque recusauit; excusandus est, & excusatur. Regis † enim authoritas excusat, *argumen. tex. in cap. si Episcopus, 18. distin. & 63. distin. cap. Solomitanem, & in authent. quomodo opor. Episcop. §. illud, collatione 1. & 23. quæst. fin. cap. si vobis*, obediensque † etiam iniusto præcepto maioris excusatur propter bonum obedientiæ, *secund. glos. in capit. ad aures, de tempo. ordi. & glos. iniquitas, in cap. quid culpatur, 23. quæst. 1. quas commendat Ripa in cap. si quando, numero decimo septimo. de rescript.* & ideo inquit Bar. *in l. si mulier, ff. rerum amot.* quod parens iniustis præceptis etiam Marchionis excusatur propter dictum præceptum, & ita dicit fuisse determinatum *in l. nec minorem, ff. quod met. causa, l. prohibere, §. pen. ff. quod vi aut clam*, tradit Alex. *consilio 57. incip. quoniam in proposita quæst. circa finem, volumine primo*, præsertim vbi sumus in dubio, an præceptum illud sit iustum, necne, ita quod non est notorium esse iniustum, *vt inquit Ripa in dicto numero decimoseptimo*, in † dubioque crederemus, Regem non præcipere iniusta, neque vti velle potestate ei non concessa, cum & ipse fateatur in pluribus iuribus, maxime *in l. 11. & 12. titul. 1. libro 4. recopil. & in l. 5. titul. 3. libro primo eiusdem recopil.* non esse suæ voluntatis & intentionis potestatem infringere Ecclesiasticam: & ideo eius mandatis obediens, laudandus est, & excusatio obedienti tribuenda: aliter † enim esset ordinationi Dei resistere, vt inquit text. *in can. qui resistit, 11. quæst. 3.* Regiam † enim, Imperatoriamque potestatem, non hominum esse inuentam, sed sanctissimam Dei ordinationem testatur Soto *de iustitia & iure, libro 4.*

48 49 50 51 52 53 54 55 56 57 58 59 60 61 62

quæst.4.art.1.colum.antepe.pagi.278.ob idque lib.7.in fin.tit.1.part.2 & l.5. ibidem inquiunt, Reges vicarios Dei in terris circa temporalia dici, amplamque & magnam habere potestatem, nemo est qui ignoret, & ideo nimirum, si obediens eius præceptis excusandus sit. Nam vt inquit Paulus ad Romanos, Omnis anima potestatibus sublimioribus subdita sit: nō est enim potestas, nisi à Deo: quæ autem sunt, à Deo ordinata sunt: itaque qui potestati resistit, Dei ordinationi resistit, & ad Titum 3. Admone illos, Principibus & Potestatibus subditos esse dictos obedientes: & sic 1. Petri 2. præcipitur Christianis vt subiecti sint omni creaturæ propter Dominum, siue Regi, quasi præexcellenti, &c. & infra Serui subditi estote in omni timore dominis, non solum bonis & modestis sed etiam discolis, maximè, quia † iudiciū semper redditur in inuitum, l. inter stipulantem. ff. de verborum obligatio. Et sic inuitus dictus Decanus, curiam Regis adiuit, & timore mandati Regii, & ob eius obedientiam: & quia ordinarii iudices sedis episcopalis vacantis nō reclamauerunt, neq; contradixerunt dicto mandato, & ne incurreret pœnas inobedientium Regiis mandatis & vocationibus.

Ex quibus manifestè apparet, tanquam obedientem mandato Regis, etiamsi iniustum notoriè appareret, excusari Decanum propter bonum obedientiæ, & nihil ex hoc esse ei imputandum. Neque itidem quoad carcerationem per consilium Regis & per Reuerendissimum Nuncium in curia dicto Decano impositā, quin pro residente & interessente in sua Ecclesia habeatur, tanquam iniustè incarceratus mandato non suorum iudicum, & † per consequens fructus & distributiones sui beneficii sunt ei restituendi, vt inquit glos. in cap. si. de clericis non residen. & Suar. dicto consilio nono, eodem tit. censeturque † dictus Decanus spoliatus ab eorum perceptione, eo ipso quod ipsi denegentur, vt inquit Dec. alios referens in consilio 16. & optime Gigans de pensionibus, quæst. 47. numero octauo, & Afflict. in decis. Neapolit. 395. numero sexto, & ideo in eis redintegrandus est, & restituendus, præsertim, quia cum aduersa pars & contraria ex parte ipsius Decani requisita fuisset, ne suorum fructuum & distributionum dicti Decanatus inter se diuisionem facerent, sed potius omnia intacta relinquerentur tanquam iniuste incarcerato, & iuste impedito, omnia in contrarium acta nulla fuerunt, & vt talia declaranda sunt, secundum Afflict. decision. 289. impedimentum † enim proueniens ex facto iudicis excusat, & dicitur iustum, leg. sed etsi pretorem, ff. ex quibus caus. maio. Abb. & alii in cap. ex transmissa, de præscriptio. notat Ioseph. Ludoui. decis. 105. n 10. parte 2.

Quibus non obstat dicere, prout è contrario dicitur, Decanatum non habere fructus nec grossam eorum, sed omnes cæteri distributiones quotidianas: quoniam hoc est falsum: habet † enim Decanatus grossam, & distributiones quotidianas, & sic glos. & Doctores in cap. vni. de cler. non resid. libro sexto, distinguunt fructus grossæ à distributionibus quotidianis, & Paris. dicto consilio trigesimo secundo, & Deci. consil. 280. Boer. decision. 17. & ex decreto 3. sessio. 21. & sessio. 22. capitulo tertio, Concilii Trid. disponitur, quod ex grossa fructuum fiant plures aliæ distributiones quotidianæ, vt clerici magis ad residentiam compellantur & cogantur, & decretum 12. sessionis 24. eiusdem Concilii, dedistinguit etiam grossam à distributionibus. Item, quia canonia non potest esse sine præbenda, hoc est, sine fructibus, neque † dici potest præbēda illa cui deficiunt fructus, secundum text. in capit. cum M. de constitut. & tex. in cap. dilectus, de prabendis. notat Ripa in tractat. de peste in loco iam allegato, numero centesimo quadragesimo sexto, Aliter enim esset beneficium ventosum & fictum, sicut † corpus sine anima, non dicitur corpus, sed cadauer, secundum glos. in pragma. titul. de collatio. §. cui rei, verbo, titulo, fol. centesimo septuagesimo septimo, tomo primo, in paruis, & ideo inquit Decia d. consilio 280. quod † in fructibus grossæ minus ius habent clerici ad disponendum, quam in distributionibus quotidianis: & ibi itidem inquit, quod vltra illud quod distribuit in horis & Diuinis officiis, non debet dici distributio quotidiana: & numero quinto, inquit, consuetudine † effici non posse, quæ non sunt tales. Ex quibus sequitur potius dici posse, in beneficio deficere distributiones quotidianas, quam grossam, & cum dictus Decanatus sit constitutus in duabus canoniis, & itidem ex dignitate Decanatus, nullo modo potuit dici non habere fructus grossæ, & quantumuis iuncta omni massa redituum dictæ Ecclesiæ fiat distributio in quamlibet præbendam, & dignitatem, secundum quod cuilibet pertinet, hoc non est distributio quotidiana, sed iudicatur de iis, vt iudicaretur de præbenda, secundum Probum in additio. ad Monach. in capit. vni. numero sexagesimo, de cleri. non resid. in sexto, & vnaquæque dignitas, & præbenda suos habet cognitos fructus, & distibutiones quotidianas, vt est notum, & sic cessat dicta obiectio.

Minus itidem obstat allegatio contraria quod dictus Decanus non fecit diligentias vllas, vt exiret à dicta carceratione, neque declinauit, & sic impedimentum non prodest, vt in propositum dicti cap. quia diuersitatem, de concess. præben. inquit Balb. de præscriptio. 4. p. 4. par. princ. quæst. 3. prin. numero nono, cum sequentibus & Menoch. controuer. illust. capit. 60. numero quarto, cum sequen. quoniam vltra quod contrarium resultat ex processu, petendo relaxationem à carcere, & protestando, si aliter fieret, ad quod obligatus non extiterat, eo † quod in impedimenti materia non est necessaria protestatio, etiamsi ob hoc appellatio fieret deserta, si propter iudicis factum non potuerunt diligentiæ fieri, prout veriorem & communiorem opinionem testatur Socin. Iunior consilio centesimo quarto, numero vigesimo sexto, volumine tertio, & alibi nos late diximus: neque tenebatur Decanus appellare ab iniusta incarceratione, cum prosequi appellationem, esset ei nimis damnosum, eo † quod sine magnis expensis non potest quis Romam proficisci, capit. tum ex literis, de in integ. restit. glos. in pragma. sanctio. d. §. cui rei, verbo, exhaustis fol. centesimo septuagesimo sexto, to. 1. & tūc nō potest impedito culpa im-

pa imputari, *vt per Bott. in tract. de synodo 2. par. n. 65.* Et itidem interim quod appellatio prosequebatur, transiret terminus & tempus residentiæ, quo etiam casu etsi non appelletur, non potest vlla culpa imputari, *secundum Boter. vbi sup. & Boer. decis.* 40. *num. 7.* eo † quod nunquam negligentia nocet, nisi negligentia proficeret, *ex tex. in l. pen. §. si ea ff. ad l. Rhod. de iactu. decis. capella Tolosa. 256. in fi.* maximè † cum iniuria fiat iudici, cuius forum declinatur, *secundum text. in l. litigatores, ff. de arbitr. & gloss. neque, in cap. placuit, 11. quæst. 3.* Et grauatur itidè iudex à quo appellatur, *ex textu, & eius materia, in cap. vt debitus honor, de appellatio.* præsertim, tantorum iudicum, scilicet supremi Castellæ senatus, & Reuerendissimi Nuncii, quod quidè iustum inducit metum id non faciendi, & † metus etiam iniustus excusat à culpa, *secundum gloss. in l. sed etsi quacunque, ff. ad l. Aquil. glo. l. 3. §. armis, ff. de vi & vi arm. & in §. recuperandæ, instit. de interdict. notat Gram. vbi sup. n. 9.* Imò & sola † reuerentia Episcopi, quanto magis Reuerendissimi Nuncii Apostolici, & potentissimi Regis metum inducit, *secundum Bal. in leg. si fine, ff. de adulter. & ex cap. ad audientiam, quòd met. cau.* iussus Regis iustum inducit metum, *& ex glo. monere, in cap. conuenior. 23. quæst. 8. Decius consilio 219. in princ. Carolus à Grassalis, lib. 1. regalium Franc. iure fin. & melius omnium Loaces in allegatione de Mula, dubio 1. in responsione 4. fundi, numero 48. cum sequentibus, §. & si dicatur, per totum, pag. 275. cum sequentibus, in paruis,* & Meneses *in leg. interpositas, numero 15. Codic. de transactio.* Et ideo † non censetur quis consentire in mandato cui reuerentiam debet, *secundum Feli. optimè in cap. causam matrimonii, num. 4. de officio delega. & ibi Deci. numero 7. & Suarez. allegatione 24.* Et licet † quo ad annullandum contractum, vel vt quis admitteretur ad appellandū post lapsum termini appellationi constituti, non sufficeret metus iste reuerentialis, nisi esset persona quæ soleret sæuire in appellantes, *vt in c. si iustus metus, extra, de appel.* tamen quoad excusandum à culpa ob non interpositam appellationem in simili casu & nostro iusti impedimenti allegati, sufficit reuerentialis hic metus, vel similis aliꝰ etiā leuis, *secundum Bonifacium in Peregrina legum Partitarum, verbo, citatio, questio. 5. & verbo contumacia, columna 4. in principio, qui ad hoc allegat gloss. in leg. ex consensu, §. cum qui. ff. de appellatio. & Bald. in leg. ea quæ. numero 5. Codic. quomodo & quando iudex,* imò † & tunc sufficeret, quòd testes dicerent, quòd ipsi nō auderent id facere, argumento eius quod de non tuto accessu inquit Additio Rotæ nouæ *5. de rescript* maximè, cum in præsenti metus hic non esset leuis in declinando & appellando, eo quòd à mandato Regis procedebat iussus hic incarcerandi Decanum ipsum, à Reuerendissimo itidem Nuncio processerat: & cum ab eis dependeret mandatum hoc, in dubio credendum erat, id posse fieri, & sic excusare. Nam & ignorantia etiam crassa excusat, bonaque † fides non solum ex iustis, verum & ex iniustis & temerariis causatur rationibus, teste Baldo, *in leg. 1. in fin. glos. ibi, verb. recessit. C. vbi causa status,* & Barba. & aliis relatis per Meziam *in leg. Toleti in 23 fundamento 2. partis, n. 22.* vbi & *n. 26.* inquit, dictum vnius boni viri excusare, credensque † bono viro excusatur, *secundum glo. l. Titio fundus, ff. de conditio. & demonst.* quam sequuntur, & commendant plures relati per Hipolyt. *consil. 62. n. 10.* Et licet nimis credulus non excusetur, excusatur tamen, si bono viro credit, *secundū Doctores, maximè Alexan. in l. 1. ff. de eo quod certo loco, & Mexiam vbi sup. n. 27. cum pluribus sequentibꝰ,* & ideo quamuis dictus Decanꝰ crederet, posse in hac causa cognosci contra eū in prima instantia, per Reuerendissimum Nunciū, prout ipse Nuncius Reuerendissimꝰ asserebat in literis suis, excusandus est Decanus ipse quamuis non declinauerit, neque appellauerit ab iniusta incarceratione, præsertim cum vidisset iudices suos ordinarios non reclamasse, neque contradixisse Regis mandato & vocationi eius, iubentis, Decanum curiam adire, & ab ipso Reuerendissimo Nuncio iudicari in hac causa, iussusque † iudicis facit licitum, quod alias est illicitum, *vt per Tiraq. de mino. pœnis, causa 34. numero 4.*

74 75 76 77 78 79 80 81 82 83

Et sic cessant in hoc per aduersam partem allegata, neque proficiebant hæc, cum tempus residentiæ interim transiret, & protestatus est, & fecit diligentias, & † vbi hæc fiunt & adsunt, impedimentū prodest, neque tempus curri, *vt per Balb. de præscriptionib. 4. p. 4. partis principalis, q. 3. princ. nu. 9. & Mencha. controuer. Illust. cap. 60. nume. 4. cum sequentibus aliquibus.* Itidem etiam nihil obstat id quod per aduersam partem tentatum est, scilicet, quòd dictus Decanus dirigat actiones suas contra Reuerendissimum Nuncium pro damno ei ex incarceratione illato, ex dispositione dicti decreti 20. sessionis 24. Concilii Tridentini, quod fructus † non veniunt damni appellatione, *secundum Decium in lectura 2. cap. cognoscentes, numero 1. de constitut.* dictum decretū non prohibet, quin possit fructus sui Decanatus petere à collateralibus eorum, maximè, quod cum pro residente habeatur, nullum damnum passus est, & sic non habet necesse petere à Reuerēdissimo Nuncio aliquid; sed tantum fructus suos, & distributiones vt residens percipere, sicut percepisset, si carceratus non existeret. Item, ad † aliud in contrarium adductum, scilicet, quod d. Decanus non extitit incarceratus in hac Placentina ciuitate, & quod ita non potuit lucrari distributiones quotidianas, etiamsi iustè foras impeditus existeret, vt dixit Couar. *in dicto cap. 13. varia. illat. 9. & 10.* responderi potest, quod vltra quod Paul. Paris. *dicto consil. 32. n. 20. lib. 4.* contrarium tenet, quotiescunque adesset consuetudo lucrādi distributiones has absens à ciuitate, iustè tamen impeditus, prout hic asseritur consuetudinem adesse. Vltra hoc dici potest, quod doctrina illa Cauar. vera est, & procedere posset, quoties superueniet impedimentū tempore quo extra patriā beneficiatus aderat, vt voluit Magister Honcala, *in opusculis suis, ti. de distribut. quotidia.* secus verò si impedimentū principium habuit in ciuitate & patria, & fuit ductus alibi contra voluntatē suam: tunc enim lucraretur optimè distributiones illas, siquidem per eum non stetit, quin in ciuitate remaneret, si Regis mandato

84 85 86

dato extra patriam dictus Decanus non extrahetetur, difficultasque licet ex dictis ex toto nõ remaneret dissoluta, quoad distributiones quotidianas, quo ad fructus tamen grossæ dicti Decanatus nihil difficultatis habet, sed cessat omnimodo. Ex quibus omnibus pro dicto Decano fuit sententiatum quo ad fructus grossæ, licet 87 quoad distributiones non potui obtinere: & an † valeat consuetudo percipiẽdi distributiones quotidianas in absentia, vide regulam & fallentias per Ojedam *in tractatu de bene. incompatib. 1. p. cap. 17. nu-* 88 *mer. 5. cum sequentib. pluribus* fructus † tamen grossæ vt canonicus percipiat in absentia consuetudine effici potest, & valebit consuetudo circa hoc, vt per eundem Ojedam *ibidem, dicta 1. par. c. 7. num.* 10. *& 11.* quod an verum sit, stante decreto primo sess. 23. & decreto 2. sess. 24. Conci. Trid. dubitabile est. Quibus quidem fundata est pars & iustitia dicti decani sub saniori consilio.

CONSILIVM XXVI.

Fideiussor obligatus quod carceratus, si inde in laxiorem carcerem exiret, seruabit eam, si post restituatur ad primam carcerationem & aufugiat, an ex fideiussione sic fideiubens teneatur.

SVMMARIA.

1 *Dictio, qualquier, quid comprehendat in se, & nu. 3. Quid si adsit dictio, alius, alia aliud.*

2 *Hæredum quorumcunque appellatione an in emphyteusi vel feudo sic assumpto veniant extranei.*

4 *Clausula specialis quoties generali præcessit, illa clausula generalis non comprehendit casus dissimiles & maiores, sed minores.*

5 *Dispositio odiosa, sicut fideiussio est, quantumcunque generalis non comprehendit superlatiua, nec maiora expressis.*

9 *Dictio vniuersalis omnia includit, non tamen indefinite, nisi eiusdem naturæ & conditionis sint.*

7 *Generalitas semper restringitur ad rem & causam prius specificatam, & n. 12.*

8 *Dictio, quacunque, licet omnia comprehendat, intelligitur quando non militat ratio differentiæ, secus alias.*

9 *Dictio, qualquier, restringitur & limitatur, secundum naturam actus cui attribuitur.*

10 *Verba generalia sunt de habilitate intelligenda. & n. 11. Quid si absurdum resultat ex verbis generaliter intellectis.*

13 *Verba generalia licet rationem non exprimant sunt intelligenda & restringenda ad id quod rationis est.*

14 *Verba relata ad personam aliquam, sunt intelligenda secundum conditionem personæ, cui referuntur.*

15 *Referentis persona quoties repugnat illi ad quem fit relatio, nobilis persona præferenda est.*

16 *Fideiussio stricti iuris est, & ibidem an intelligatur pro tempore prorogato.*

17 *Fideiussio etiam generalis non extenditur ad casum de nouo euentum.*

18 *Fideiubens pro certo actu nunc faciendo non tenetur, si post illud tempus fiat.*

19 *Fideiussio intelligitur rebus sic stantibus & non mutatis.*

20 *Verba quantumcunque generalia ad tempus præsens, non verò ad futurum sunt referenda, & ibi infertur ad procuratorem generaliter constitutum.*

21 *Interpretatio in dubio fieri debet contra illum, qui se ex fideiussione iuuare vult.*

22 *Obligatus ad præsentandum aliquem toties quoties eiussum fuerit ex duabus præsentationib' liberatur.*

23 *Fideiussor liberatur per arctiorem incarcerationem nouiter a iudice factam.*

QVidam dum existeret intra retim carceris detentus & incarceratus, Petrus fideiussit pro eo, vt si inde exiret, seruaret carcerationem ei in alio laxiori, & libero loco impositam, tunc vel aliam quamcunque ei per iudicem assignatam in ciuitate. Post quod autem, lapsis aliquibus diebus, iudex ipse iussit illum reduci ad primam carcerationem intra retim carceris, quæ erat arctior carceratio, cum catenis & ligaminibus, vbi extitit per aliquot dies, & in fine eorum custos carceris ligamina ab eo abstulit, permisitque eum sine ligaminibus ambulare in carcere, præbẽdo ei claues: qua de causa tandem à carcere aufugit. Propter quod extitit dubitatũ, an dictus Petrus fideiussor teneretur ex dicta fideiussione eum reducere ad carcerem & soluere iudicatum: in qua quidem causa, quod non teneretur, allegaui, & ita obtentum fuit. Et vt melius percipiatur veritas, pro vtraque parte sequentia allegaui, & cum opinione, quod non teneretur remansi. Respondendo contrariis pro prima parte affirmatiua adductis.

Et pro parte affirmatiua, videlicet, quod dictus Petrus remaneret dicta fideiussione ligatus faciunt verba illa, *otraqualquier*; dictio † enim *quacunque* aut *qualibet*, est ita generalis, quod comprehẽdat non solum similia expressis, sed & similia & maiora, prout plura referens tradit Hipolyt. *in l. vnius, §. cogniturum, n. 28. cum sequentibus pluribus, ff. de quæstionibus*, & Tiraquel. *de vtroque retract. tit. 1. §. 1. glos. 7. n. 20. cum sequentibus pluribus*, & communem testatur Couar. *in pract. quæst. cap. 25. nu. 3.* & Mexia *in prag. tassæ panis, super textualibus, verb. qualquier, fo. 131.* 1 & sic † emphyteusis vel feudum pro se & hæredibus quibuscunque assumptum, comprehendunt etiam extraneos hæredes, quod est contra naturam feudi, secundum supradictos, & communẽ 2 testatur Ripa *in l quæsitum, §. dabimus, n. 5. ff. de priuileg. credit.* Idque † maximè procedit, si adest dictio, 3 *ali', alia, aliud*, ante vel post dictionem illã vniuersalem, *quacunque*, hoc enim casu omnia comprehendit, *secundum Gom. in regu. de trienna. possess. quæst. 2. tradit Ias. in l. quodcunque, ff. de verb. obli. & l. 1. §. nunciatio. ff. de noui oper. n.* Dictioque *quacunque*, significat omnem modum & viam acquirendi, *secundum Segu. de bonis lucra. constante matrim. n. 78.*

Pro parte verò negatiua, imò quod dictus Petrus fideiussor nõ remaneat obligatus, liberatusq; sit à dicta obligatione fideiussionis. Primò facit,

4 cit, quia † quotiescunq; ante clausulam generalẽ præcessit aliqua clausula specialis, illa generalis non comprehendit casus dissimiles, & maiores, sed minores, *vt per Hipol. in rubr. de fideiuss. n. 31. 32. & 33.* Item etiam quia † omnis dispositio, quantumcunque generalis, si est odiosa, prout est fideiussio, non comprehendit superlatiua, neq; maiorā expressis, *secundum Rebu. in tracta. de nominatio. quæst. 8. n. 16. in antiquis*, & in propositum tradit Afflict. 6 *decis. 319 n. 1. cum seq.* Item, quia licet † dictio vniuersalis omnia excludat, non tamen includit indifinita, nisi sint eiusdem naturæ & conditionis; *secundum Bal. in rub. n. 11. C. qui accu. non possunt*, & sic limitanda & declaranda est dicta communis opinio Ripæ vbi supra. Dissimilis tamen est secunda carceratio intra retim à prima extra retim, & sine catenis, & sic in secunda intra retim & cum catenis posita, non est intelligendum dictam fideius-7 sionem factam esse, & † generalitas semper restringitur ad rem & causam prius specificatam; *leg. legatum, §. 1. vbi Bart. ff. de legat. 2. latè Marcus Anto. Euge. consilio 13. numero 21. cum sequentibus; vbi latè tractat materiam, leg. si de certa, Codic. de transa-8 ctio.* Item etiam, quia † loquendo in dicta dictione, *quæcunque*, inquit Alcia. *in leg. mouentium, ff. de verbo. signifi.* quod licet omnia comprehendat; intelligitur tamen vbi nulla ratio differentiæ dari potest: differens tamen ratio in vna carceratione, quam in alia, vt ad sensum patet: Igitur cessat fundamentum primæ opinionis, de dictione illā vniuersali, *otra qualquier*, in dicta scriptura fideiussionis apposita: item, et quia dicta cōmunis opi-9 nio, & natura dictæ vniuersalis dictionis, *otra † qualquier*, restringi debet & limitari secundum naturam actus cui attribuitur, secundum Baldum relatum, & sequutum per Tiraquel. *vbi sup. nu. 27.* vbi plura similia allegat; hic tamen attribuitur actui de sua natura stricto & strictè interpretando, prout erat incarceratus, cum quo differens debet esse captura, præsertim; pro debito ciuili: ergo cessat natura dictæ dictionis vniuersalis. Itẽ 10 etiam, quia † verbum vniuersale; *quodcunque*, & *quodlibet*, quotiescunque potest aliquid operari; nunquam operatur habilitatem inhabilium, prout inquit Orof. *sup. ff. de veteri. colum. 923. per tex. in leg. plurib. ff. de acceptil.* & tex. & ibi Bart. *in leg. 2. §. quod ait prætor, ff. qui satisd. cogantur* vbi inquit & intelligit, *quicunque*, idest, habilis, & ibi cum Bar. *per tex. illum* communẽ dicit idem Orof. *col. 653.* & asserit omnes recentiores ità tenere, & tenet idẽ Bart. *in leg. Aurelio. §. Caius numero 16. ff. de lib. leg.* in quo communem etiam dicit Menoc. *in leg. si de certa, numero 3. Codic. de transactiō.* & tenet Feli. *in cap. sedes, numero 3. de rescript.* Sed ista verba possunt verificari in alia carceratione, quam intra retim, & cum catenis, pro vt est in domo propria; vel in domo consistoriali; ergo non sunt intelligendā incarceratione intra retim, & cum ca-11 tenis: Item † etiam; quia dicta dictio vniuersalis, *otra qualquier*, in fideiussione apposita non operatur effectum generalem, quotiescunque resultaret absurdum; prout resultaret, si quis cum deleui carceratione fideiussisset; censetur etiam fideiubere de graui post imposita, cum de minori ad maius non procedat regulatiter argumentum, *vt per Euerard. in loco ab absurdo, & à minori ad maius, & è contra*, & in † quibuscunque di-12 spositionibus receptum est, verba generalia & clausulam generalem recipere restrictionem ab ijs quæ speciatim præcesserunt, *vt per Bart. & Felin. dicto capit. sedes, de rescriptis, relatos, per Doct. Paz in praxi, annotatio. quarta, numero 19.* Item etiam, quia † verba generalia, etiam si non ha-13 buerint rationem; intelligenda sunt & restringenda ad id quod rationis est, *secundum Euerar. in dicta centuria locorum, pag. 239. in paruis in antiquis.* In ratione tamen cadere non potest, quod cum Petrus fideiusserit pro isto incarcerato, vt extrahatur à carcere intra retim eius constituto, & cum catenis ligatō, & extractus sit, censeatur etiam fideiussisse, si post intra eandem retim reuertatur. Item etiam, quia † verba relata ad perso-14 nam, aliquam debent intelligi secundū conditionem personæ; ad quam referuntur, *tex. in cap. cum de beneficio, de præb. in 6. tex. in l. plenum. §. equitij, ff. de vsu, & habita. plene Feli. in cap. causamq; de rescrip. Curtius consilio 9. Ias. in l. stipulatio ista, nota. 6. ff. de verborum oblig. Ripa* alios referens *in l. ex facto, §. si quis rogatus; nu. 7. ff. ad Trebe.* & in idem ad personam referentis, *secundum Ripam; ibi*, & quoties † 15 repugnat persona referẽtis & ea ad quā refertur, persona nobilis præferenda est, *secund. eund. Ripam, ibi, numero 13. hanc communem dicentem.* Isti tamen tam fideiussor; quàm ille pro quo fideiussit sunt nobiles: ergo verba illa *otra qualquier*, dictæ fideiussionis, referẽdā sunt ad carcerationem nobilibus solitam imponi, quæ quidem non illa, quæ intra retim & cum catenis pro debito ciuili imposita illi carcerato fuit: igitur fideiussio non intelligitur de hac intra retim carceratione, quæ non conuenit nobili, præsertim, cum † fideius-16 sio sit stricti iuris, *ex leg. fin. ff. de fideiussio. leg. quæro, ff. locati, & per Decia. responso 71. numero 18. volumine 3.* & sic pro tempore prorogato non intelligitur concessa, *ex leg. si tum Hermes, Codic. locati.* Item etiam, & hoc est vrgens, & efficax fundamentum, scilicet, quòd † fideiussio etiam 17 generalis non debet verificari, neque extendi ad casum de nouo superuenientem; sed ad illum tantum qui præsens est, *prout est tex. in leg. qui cum tutoribus, in fine, ff. de transactio.* etiam si iuramentum adsit, vt per Euerar. ita limitantem *in dicto loco à generalitate, versi. tertio verbo generali; pag. 406 in paruis.* Imò & † fideiubens 18 pro certo actu nunc faciendo, non tenetur, si post temporis interuallum fiat, secundum Bartolum *in l. qui in aliena, §. si ii qui, ff. de acquir. hæredit.* quem sequitur Menochi. *con. 212. n. 22. lib. 3.* vbi *n. 24.* id fundat ex alio; scilicet, quòd † fideiussio in-19 telligitur rebus sic stantibꝰ, & non mutatis; & *nu. 25* ex hoc alia infert, vbi te remitto, Carceratio tamẽ cū catenis facta, de nouo superuenit, post inductā fideiussionẽ: ergo ad illā extẽdi non debet; etiā si in alia nō possent verba generalia dictę fideiussionis verificari: nam ad eam; quā tunc temporis iudex imponeret, fuit referenda, non verò ad eam

ad eam, quæ post multum temporis spatium imposita fuit: verba tenim quantumcunque generalia, ad tempus præsens, non verò ad futurū sunt referenda *ex tex. in c. sedes, de rescriptis, vbi Felinus n. 3. ad finem, optimè plura similia allegans, Hipolyt. in practica, §. aggredior, numero 45. optimè & latè Alexan. plura refert in consilio 172. per totum, volumi. 3. & vide Tiber. Decia. respon. 123. numero 4. cum aliis volu. 3. & num. 88. limitat*, & sic in procuratore constituto ad omnes causas, intelligitur de præsenti existentes, *secundū Vantium de nulli. proce. tit. de nulli. ex defectu mand. num. 97. nisi vt ibi nu. 98. & Mench. contro. vsu frequen. cap. 16. num. 13. Doctor Paz. in praxi 4. annotatione de procuratore, numero 23. cum sequentib.* & in † dubio contra eum debet fieri interpretatio, qui ex fideiussione se iuuare vult, *ex tex. & eius materia in leg. veteribus, ff. de pactis*, communem testatur Suarez *in leg. quoniam, pagi. 219. numero 14. de inoffic. testamen.* & Felinus *in cap. in præsentiâ, de probatio.* Item etiam est & alia non minor & singularis consideratio pro excusatione dicti fideiussoris, scilicet, quòd infinitas est vitāda, & quod † etiam si quis per verba generalissima obligetur, & de præsentando aliquem toties quoties, & quandocunque petitum fuerit, si bis eum præsentauerit, liberatur, ex communi relata per Tiraquel. *l. boues, §. hoc sermone, limitatione 22.* & Suarez *in titulo de los emplazamientos, p. 993. n. 28. cum sequentibus, & Rebuf. in l. vni notabili 1. n. 46. C. de sent. quæ pro eo quod inter. Afflict. decis. 130. n. 5. Tiraq. de retractu conuen. §. 1. gl. 2. n. 19.* & est ista indubitata opinio. Sed fideiussor hic bis fideiussit, & stetit in fideiussione: Primò cum fideiussio fuit facta extra retim. Secundo, cū post intra retim fuit carceratus reuersus, si tunc dici potest in fideiussionem reincidisse: ergo amplius teneri non debet: & sic cum carceris custos illi abstulit catenas & ligamina, postquam secundo intra retim intrauit post fideiussionem, præsertim, cum & tunc propter Paschatis reuerentiam ex mandato iudicis fuit iussum extrahi à carcere: & sic inquit Suarez de fideiussore in causa criminali, *fol. 10. pag. 1. in prin. versic. liberatur etiam*, quòd quantumuis quis per verba generalissima fideiubeat, & toties quoties, & quandocunque; si tamē ex eademmet causa reus in fortiam iudicis missus est, & sic † intra retim & cum catenis liberatus remaneret fideiussor, eo quod per carcerationem illam videtur iudex in se assumere periculum, & custodiam, *argum. l. si vt certo, §. si de int. ff. commodati, & tenet Matthæus de Afflict. decis. Neapol. 130. numero 2.* Et sic ijs rationibus, & fundamentis, & præmaximè omnibus simul iunctis, fideiussor hic fuit liberatus à fideiussione, me adiuuante & patrocinante.

CONSILIVM XXVII.

Pro excusando ministro iustitiæ à fuga cuiusdam delinquentis ei commissi, vbi & de carceratione multa.

SVMMARIA.

1 *Commissio & delegatio est stricti iuris.*
2 *Commissio vel delegatio non extenditur de vna persona, nec de vna causa ad aliam.*
3 *Iudex delegatus commodatario, & cessionario æquiparatur.*
4 *Delegatio & mandatum procuratorium assimilantur.*
5 *Mandatum est stricti iuris, & sic etiam in melius non potest extendi, neque per illud excedi.*
6 *Commissio data super causas motas & mouendas ad ortas tantum extenditur.*
7 *Gratia aut priuilegium ex supplicatione declaratur.*
8 *Dictio, alius, alia, aliud, in materia stricta est repetitiuà similium.*
9 *Solutus à carceratione quis dicatur.*
10 *Differentia quæ sit inter incarceratum, & in custodia habitum, & n. 18.*
11 *Custos quando de custodia teneatur.*
12 *Carceris domus dicitur publica custodia.*
13 *Carceratus non dicitur positus sub custodia, si adstrictus non tenetur.*
14 *Carceratus quis dicatur, vt punitio carceris priuati locum habeat.*
15 *Fugiens à carcere fracto ostio, vel eo aperto, quomodo puniatur.*
16 *Restitutio an concedatur detento apud hostes.*
17 *Contractus factus cum incarcerato an rescindatur.*
18 *Carceratus an & quando dicatur detentus in domo.*
19 *Traditionis verba multum sunt attendenda, quando de ea agitur.*
20 *Carcerarius depositarius dicitur.*
21 *Depositum quando factum dicatur.*
22 *Dolus præsumitur in eo cui seruus ligatus fuit traditus, si dissoluatur.*
23 *Contractus omnis intelligitur rebus sic stantibus, aliàs ex innouatione dolus præsumitur.*
24 *Carcer distinctus & differens assignandus est nobili, quàm plebeio.*
25 *Blasphemanti nobili palatium pro carcere potest assignari, & ibidem, tota ciuitate.*
26 *Ioannes Garsia Gallecus reprehenditur ex increpatione nobis facta.*
27 *Custodia fida dari non potest, vbi vis adest.*
28 *Stuprum non dicitur per vim factum, & sic partus ex eo est successibilis.*
29 *Testi deponenti de facto proprio creditur. Maximè, si in simul & cum depositione adsint alia indicia. ibi, vbi & limitatio apponitur.*
30 *Vis & violentia per acclamationem an probetur.*
31 *Probatio quæ sufficit in ijs quæ de nocte fiunt, vel sunt difficilis probationis.*
32 *Testis deponens ex facto proprio, ex qua depositione commodum reportat, an ei credatur.*
33 *Testibus dicentibus se inductos ad dicendum falsum, an contra inducentem credantur, & numero 35. declaratur.*
34 *Testis tractans de se exonerando, & commodo suo, non probat, & n. 35. declaratur.*
36 *Finis non est inspiciendus cum habet necessariam causam cum principio, sed principium ipsum.*
37 *Confirmans nihil de nouo facit.*
38. *Testis vt habilis dicatur vel non inspiciatur tempus iuramenti.*
39 *Testis si iurat in informatione summaria sicut in plenaria.*
40. *Resc-*

40 *Referens inest in relato cum omnibus suis qualitatibus & conditionibus.*
41 *Testis dictum post dicta testificata nihil valet. vbi limitatur in ratificatione alicuius dicti.*
42 *Capturam debet informatio praecedere vt sit valida.*
43 *Captura vt dicatur iusta quatuor debet continere.*
44 *Ordinis iuris peruersio reddit actum nullum.*
45 *Euentus frustra expectatur, cuius nullus sequitur effectus.*
46 *Custos vt de fuga carcerati puniatur debet plenè de delicto incarcerationis constare, sicut & requiritur, vt quis receptator dicatur.*
47 *Credens bono viro excusatur. & num. 48. de Alguacello nobili credenti.*
48 *Credulus nimis regulariter non excusatur, nisi credat bono viro.*
49 *Specialia plura sunt in iure inducta, propter nobilitatem & legalitatem.*
49 *Alguacellus credens nobili fugienti excusatur, ibidem, & num. 51. limitatur in muliere.*
50 *Fugere nobilem, reputatur casus fortuitus.*
51 *Dominus mittens rem commodatam cum famulo bonò reputato, si aufugiat cum ea non tenetur.*
52 *Mulieri etiam nobili non est credendum, & sic eius custos, si aufugiat, non excusatur.*
53 *Testes incarcerati quando probent, vel non. & seq.*
54 *Testes etiam inhabiles admittuntur in fauorem rei.*
55 *Socij criminis testes, & an quando probent.*

Alguacellus quidam pro capiendis quibusdam delinquentibus iudicem suum ordinarium illius ciuitatis associauit, & cum domum quandam cuiusdam nobilis ipsius ciuitatis intrassent, iudex ipse in quadam camera dictæ domus reperijt vnum ex delinquentibus, qui erat nobilis & miles militæ Alcantarensis, quem cum reperisset & vidisset, dixit ipse iudex dicto Alguacello cũ associanti hæc verba (*Sennor aguazil tenga cuenta con el sennor fulanot*) non tamen eum sibi tradidit, neque iussit, vt eum manibus teneret, neque Alguacellus aliquod responsum dedit, sed remansit in eodem loco & statu, in quo erat, dum dicta verba sibi iudex iunxit: post autem dum iudex dictus perquireret totam domum, ad inueniendos alios delinquentes, iste qui sic erat commissus dicto Alguacello, aufugit, & dum cameram illam vbi erat vellet exire, dictus alguacellus cepit eum, & vociferauit, clamãdo (*aqui del Rey.*) & dum sic existeret, à manibus eius per vim fuit per aliquos liberatus & extractus, post autem pro delicto illo puniendo, quia erat inter personas graues, fuit à Rege missus quidam iudex delegatus vulgo, *Pesquisidor*, qui quidem processit contra hunc Alguacellum, eum inculpando in dicta fuga illius delinquentis sibi in dicta camera commissi: & pro excusando ipsum Alguacellum, sequentia allegaui, quæ quidem multum illi proferunt, quia pœna arbitraria fuit punitus, & nimirum, quia isti iudices delegati, neminem innocentem inuenerunt, sed omnes culpabiles dicunt, etiam si de iure, & de facto innocentissimi sint, & ideo ratissimè essent mittendi & prouidendi, & cum rigore pro excessibus, plectendi, & ijs omissis ad allegata in fauorem dicti alguacelli deueniamus.

Et primo pro ipso Alguacello dicti iudicis cõmissarij iurisdictione, ex eo quod illi solum erat commissum, vt cognosceret de delicto principali, & in eo delinquentibus, & in abstractione delinquentis illius à manibus dicti alguacelli, de ipso tamen Alguacello nihil fuit dictum in supplicatione Regi porrecta, pro prouidendo dicto iudice commissario: neque itidem dicta commissio meminerat de dicto Alguacello, & consequenter non poterat cognoscere contra dictum Alguacellum, primo quia † commissio & delegatio est stricti iuris, *secundum Baldum in l. non si fine, num. 4. C. de bonis qua liber. Alexan. in l. fi. num. 7. ff. de iurisdictio. omnium. iud. Corn. consi. 157. incip. viso, litera E. volum. 3.* per tex. expressum *in ca. 1. de officio delega. in 6.* iuncto intellectu *glos. ibidem*, quæ tex. illum in delegato intelligit, & intellexit etiam Alex. *in d. nu. 7.* Didacus Perez *in l. 1. tit. 7. lib. 1. ordina glos. 1.* & ideo † neque de vna persona ad aliam, *ex tex in cap. P. & G. de offici. deleg.* neque de vna causa ad aliam extenditur, *secundum Paulum Castren. consi. 311. late per Auiles, in ca. 1. per totum, glo. mandado, nu. 31. cum praecedentib. & sequentibus aliquibus.* Idque ratione fulcitur: nam † delegatus cõmodatario & cessionario æquiparatur, *secundum Angelum relatum per Oros. in l. more, in fine. ff. de iurisdictio. omn. iud.* imò & procuratori, *secundum eum ibi per tex. expressum, in l. & quia, in fine ff. eodem ti.* delegatioque † & mandatum procuratorium assimilantur, *vt & in ca. cum olim, Abb. & ibi Innocen. de offic. de lega. Alexan. in l. 1. num. 69. ff. de officio eius cui mandata est iurisd. Imola in ca. in nostra, de procurato. Alex. in d. l. more, nu. 5.* mandatum † vero procuratoris est stricti iuris, *ex tex. in l. diligenter, ff. manda.* adeo vt neque in melius à mandato excedi possit, *vt per Hipoly. in pract. §. successiue. num. 5. cum 4. sequentibus, Auiles vbi sup. numero 3.* imò neque qualitas mandati excedi possit, *secundum Ias. per tex. ibi in l. si procurator, de procurat.* Cum ergo in mandato hoc sit, idem in delegatione dicendum erit, cum æquiparatorum eadem sit ratio & iuris dispositio, *vt per Euerard. in loco ab aequiparatis & correlatiuis*, & dispositum in vno de casibus æquiparatis, censetur & in alio dispositum, *vt optimè per Doctores in l. 4. Taur. & Antonius Gom. tom. 3. variarum, cap. 11. num. fi. & Suarez in l. quoniam in prioribus, in praeludio ad l. Regiam, pag. 124. col. 2. cum sequenti. & Bernar. Diaz. in regula 428. & Tellus Fernan. 4. p. l. 3. Tauri, num. 16.* & ista similitudine vtitur Alexan. *in dicta l. more, num. 5.* Et ideo † commissio data super causis motis, & mouendis, ad ortas tantum extẽditur, *secundum Rotam nouam 148. commissione impetrata, & diximus sup. in consil. proximè praecedente, num. 17. cum quatuor sequentitibus.*

Secundo, quia † ex forma supplicationis declaratur intellectus priuilegij, *vt per Auenda. cap. 14. per totum, num. 5. versi. nam ex forma, lib. 1.* & responsio ambigua intelligitur secundum supplicationem præcedentem, *ex tex. in cap. inter dilectos, §. caeterum, de rescrip. notat Ias. in l. stipulatio, ista, §. si quis ita, num. 4. fol. 63. ff. de verborum obligatio. & in l. iustitia. ff. de iustitia & iur.* In petitione tamen, & supplicatione, in Consilio Regio porrecta, ad petendum dictum iudicem, de isto Alguacello nulla mentio facta est: ergo secundum illam commissio intelli-

gi debet, & non vltra, præsertim cum de vulneribus & fuga dicti delinquentis à manibus Alguacelli extracti mentio facta fuerit, non verò de culpa aliqua ipsius Alguacelli: Neque illa verba in fine commissionis apposita, *y de los demas culpados*, aliquid obsunt: quia intelliguntur de culpatis in delicto Principis, & in extractione dicti delinquentis exempti à manibus familiæ iustitiæ, quia verbum, *demas*, Latinè est, ac si diceretur, aliorum culpatorum, † dictioq; alius, alia, aliud, maxime, in materia stricta, est repetitiua similium. *secundum Baldum in l. conuenticula, C. de Episcopis & cler.* Ergo ad Alguacellum non extenditur, qui de vulneribus culpatus non est, neque de extractione fugientis à manibus eius: quia ipse sibi non cum extraxit, sed potius ab eo fuit extractus, & per consequens, cõtra Alguacellum iudex non est, & dato, sed non concesso, quod iudex pro libero est pronunciandus & sequentibus rationibus & fundamentis.

8

Primo quia omnes leges punientes Alguacellum, aut alium carceris custodem de fuga carcerati, de quibus post Thomam Grammaticum *voto 19. per totum*, loquuntur quoties iste talis carceratus sibi traditus, & in loco & custodia publica positus fuit. vt patet *ex toto titulo, C. & ff. de custo. reorum, & ex titu. 19. p. 7.* huic tamen Alguacello non fuit iste traditus, neque in carcere & loco publico positus, neque traditus ligatus. Ergo liber est minister hic iustitiæ à fuga dicti delinquentis. Quod probo optimo argumento à contrario sensu elicito, ex tex. *in l. qui neque, § solutum. ff. de verborum sign.* cuius verba sunt: *Solutum non intelligimus eum, qui licet vinculis leuatus sit, manibus tamen detinetur. ac nec eum quidem intelligimus solutum, qui in publico sine vinculis seruatur.* Ergo à contrario sensu, solutus † ille dicitur, qui nec ligatus est, neque manibus detinetur, nec quidem in publico custoditur: & multum post hæc vidi sic considerasse tex. illum, ad hoc *in d. §. solutum*, Rebuf. *ibi, in 1. versi. pag. 354. in fi.*

9

10 Aliud † est enim, aliquem esse carceratum, vel haberi in custodia, secundũ glo. fi. *in l. fi. de curi. & statio. lib. 12.* quam ibi sequuntur Bar. & Plate. *in l. 1. eiusdem tit. per textus in l. nemo carcerem, C. de exacti. trib. lib. 10.* quia carcer de iure ciuili nõ ad punitionem, sed ad custodiam inductus est, & cum ad custodiã inducatur, de † custodia nemo tenetur, nisi in carcere positus delinquens sit, & carcer hic publicus sit, *vt l. aut damnum. §. solent, ff. de pœnis. l. fin. C. de custo. reorum*, quia † domus carceris dicitur publica custodia *secundum Bart. in l. 3. §. transfugas, ff. ad l. c orne. de sic arijs Auend cap. 20 per totum. nu. 6. in prin. lib. 1.* & si † positus sub custodia, si non tenetur districtus, nõ dicitur incarceratus, *ex glos. in d. l. fi.* quam etiam sequitur Auiles *in cap. 18. per totum in princip.* Huic tamẽ Alguacello nõ fuit traditus ligatus delinquens hic, imò neque locus ille, & sic camera vbi existebat, non fuit pro carcere assignata, neq; ei dictum, quod inde non exiret: ergo non potest dici esse incarceratus; cessat enim tunc doctrina Bar. *in dicta l. fi. C. de curi. & statio. lib. 12.* quem sequit̃ Angel. *de malefic. in parte. quod fama publica. nu. 86. & in parte, qui iudex dictum Caium num.* 16. & quamuis dicta glos. *d. l. fin. C. de curi. & statio. lib. 12.* reprobet

11

12

13

Cardin. *in ca. super eo. de appe.* & eum referens Hipol. *in practi. §. attingam. n. 26.* glos. tamen hæc vera est: nam † quamuis quoad hoc vt priuatus carcer dicatur, & per consequens quis de priuato carcere puniatur, quomodo libet detentus, incarceaatus dicitur, si inde liber exire non potest *prout loquitur Additio. Angel. de malefi. in d. ver. quod fama publica, nu. 87. & tenet Didac. Perez in l. 17. in fi. tit. 14. lib. 2. ordinament. col. 564.* Et itidem, quamuis † quo ad hoc etiam vt fugiens à dicto loco, à quo libere exire non potest, si fracto ostio fugiat, pro confesso habetur, vel si aperto, vt puniatur iudicis arbitrio, *vt optimè inquit Boer. decis. 215. n. 15.* vel † vt tali detẽto apud hostes detẽ restitutio ex clausula generali, *secundum text. in l. succurritur. ff. ex quibus cau. maio.* vel † vt rescindantur contractus in tali loco cum tali detento facti, *vt voluit Hipoly. in d. §. attingam, nu. 28.* De quo optimè per Rebuf. *in d. §. solutum 9. l. qui neque ff de verb. sig.* Tamen quoad hoc vt custos illius, vel alius teneatur de eius fuga, non † dicitur quis incarceratus existens in domo priuata liber, & solutus, & non assignata ei domo illa pro carcere, eo quod aliud est esse quem in carcere. vel sub custodia, etiam sub fideiussore, in priuata domo, *ex d. §. solutum, ex l. vinculorum, ff. de verb. sig.* vt tenent Grãma. & relati ac sequuti per Menochium *consi. 112. n. 30. lib. 3.* & sic inquit Ias. *in repet. l admonendi, n. 174. ff. de iure iur.* quod si quis constituatur in loco priuato, non vero in publico carcere, licet fugiat etiam fracto ostio, non habetur pro confesso, eo quod carcer non reputatur. quod secus, si carcerem publicum rumpat *secundum tex. in l. in eos, ff. de custo. reo.* quod vt verum non affirmo, cum sup. proxime contrarium asseruerimus, sed quoad excusandum hunc Alguacellum iure optimo adduci dictum hoc potest, cum in dubijs pro reo iudicandum.

14

15

16

17

18

Secundo pro dicto Alguacello facit, quia † verba traditionis multum sunt attendenda, vt optime inquit Boer. *decisio. 216. n. 3. per verba illa* Regum. 3. cap. 20. *Custodi virum istum, quod si lapsus fuerit, erit anima tua pro anima eius, aut talentum argenti pendes:* sed per dicta verba (*tene cuenta con fulano*) traditio facta non censetur, neq; fit, imò neque in custodiam veram censetur datus: ergo teneri non debet Alguacellus hic. Et quod in custodiam non sit datus, patet clare: quia † carcerarius depositarius dicitur, vt inquit Bartolus *in quæstione 6. incipiente, Lappus fuit captus; nu. 4. versiculo non sic,* & tenent inter alios Paul. Pari. & Paris de Puteo relati per Auend *cap. 20 per totum. nu. 1. li. 1.* Sed † depositum non constituitur, licet apud te deponam rem aliquam. & tibi dicam, apud te deponere rem hanc, & tu taceas, secundum Alexan. *in l. quæ dotis, ff. soluto matr.* vbi hanc communem dicit, & Anto. Gom. *tomo 2. var. ca. de commodato, in medio,* & secundum eos non teneris, si res illa furata sit vel fugiat, quia erat res se mouens: ergo eodem modo hic Alguacellus non tenetur, neque custodiam videtur recepisse, licet tacuerit, dum dicta verba sibi à iudice dicta fuerunt in loco illo priuato, cum nullum verbum protulerit de custodia recipienda, prout requirebatur recepisse, *argu. glos. commissæ. in l. si ego. ff. de iure dot.* Neq; aliqua culpa ei imputari potest,

19

20

21

ex

ex eo quod illum non habuit semper captum, ita quod exire à camera non possit, tum, quia ibi non fuit traditus, manibus detentus, neque custodiã eius suscepit, sed soluto, & libero eo existente dicta sibi fuerunt verba illa (*tenga cuenta consulano.*) Cum ergo in illo statu sibi dicta fuerunt, semper in illo statu illum habere & tenere debuit, neque potuit aliquid innouare, etiam in melius, tumetiam, quia Alguacellus, vt clarum est in iure nostro, non potest aliquem capere: neque in carcere sine iudicis mandato, nisi in fraganti delicto, *ex tex. in l. 7. titu. 23. lib. 4. recop.* & ab illo iudicis mandato, cũ mandatarius sit, excedere non potest, cum ad vnguem seruari debeat, *ex tex. in dicta l. diligenter, ff. manda.* & si excesserit etiam in melius, puniri potest, *vt dictum est, & tradit Hipol. in pract. §. successiue, nu. 5. cum plurib. seq.* Quod si Alguacellus hic dictum delinquentem manibus captum teneret, iam excedebat fines mandati, quia id non fuit sibi commissum, & consequenter teneretur de eo, quod successisset, etiam si per casum fortuitum succederet, pro quo in terminis considero optimam doctrinam Pauli Castren. *in l. sicut certo, §. nunc videndum, num. 10. ff. commoda.* vbi optimè inquit, q̃ 22 † si tradatur alicui seruus ligatus, videtur actum, vt in eo statu teneatur, & si contra factum sit, est in dolo præsumpto contra faciens, *vt per tex. ibi, & l. si hominem, in principio, ff. depositi*, & è contrario, si libere & sine ligamine quis alteri committatur per iudicem, in eodem statu teneri debet, & non est innouandum, aliter dolus præsumetur in no-23 uante: omnis † enim dispositio & contractus intelligitur rebus sic stantibus, *ex l. quod seruus, ff. de condi. indeb.* Pro quo cõsidero tex. expressum meo videri *in l. 6. tit. 29. par. 7.* cuius verba sunt, *Monteros, ò ballesteros ò otros omes qualesquier, que son puestos para guardar los pressos del Rey, ò de algun cõcejo nõ los deuen sacar de aquel lugar donde ge los mandaron tener, nin de la carcel nin de la otra prision para lleuar los a otra parte en alguna manera, sin mandado del Rey, ò de aquel iuzgador q̃ ge los dio en guarda.* Ecce legẽ expressam pro excusatione huius Alguacelli: tũ etiã, quia cũ hic delinquens nobilis esset, indecens erat, eum per capu-24 tium, vel pallium detentum habere: nobiles † enim aliter detinendi sunt, quam plebei, *ex l. 4. tit.* 25 *29. par. 7.* adeo, vt † nobili blasphemanti possit assignari palatium pro carcere, secundum Auenda. *in cap. 5. per totum, num. 22. in medio li. 2.* quem & alios in hoc allegauimus *in l. 15. tit. 6. lib. 3. recopila. n. 11.* & expressius id tenet Tiraquel. *de nobilitate. cap. 20. num. 29.* & Lanfran. *in practica titu. de confessio. n. 23. in fine*, vbi inquit, quod & tota ciuitas potest 26 tunc assignari pro carcere. Ex † quibus iniustissime nos increpauit ille Ioannes Garsia Gallecus *in suo commentario de nobilitate, glos. 1. in prin. nu. 9.* prout sui moris est, dicens, Auendan, ibidem non dicere id ad quod eum allegaui: nam si bene ipse Auenda. vidisset, & legisset, perciperet vtique expresse id ad quod eum allegauimus voluiss. & protulisse. Nam si Auenda. inquit, sufficeret palatium assignari loco carceris, vt palatium à loco carceris distinguamus, nonne priuatum palatium intelligere voluit, & quod clarius deducitur ex sequentibus verbis, dum dicit Auenda. ipse: *nam in loco priuato assignato loco carceris non diceretur aliter sine custodia captus & incarceratus*: igitur de priuato loco loquitur Auen. solum addendo doctrinæ aliorum, quod tunc aliqua custodia esset apponenda, vt carceratus diceretur, non tamen negat, quin in priuata domo existere non possit. Et sic male nos carpit dictus Licentiatus, qui quidem sicut nos, prout & alios multos, iniustissime refert ad mordendum, nescio quo fretus, sic & nostras opiniones, quas sequitur, referre debuisset nos referendo, prout *in eadem glos. 1. num. 5.* dum infert, *ad l. 1. del Prior, y Consules*, vbi nos eas ante eum retulimus, q̃ ipse ibidem retulit, & sequitur, & in alijs plurib. locis.

Sed mordicantium est hæc consuetudo, vt quæ sequuntur taceant, & quæ suo videri morderi possunt mordeant, contra consuetudinem Hispanorum scribentium, qui caute, modeste & caste reprehensione digna proferunt, non quasi mordentes, sed vt aduertentes ad aliorum doctrinam suum consilium & opinionem manifestant & proponunt.

Tertio, & pro dicto Alguacello facit: nam dato, sed non concesso, quod iste delinquens esset in dicta camera traditus ipsi Alguacello, adhuc ex fuga illius Alguacellus non tenetur: nam semper stetit ad portam cameræ per quam exire poterat, & vbi iudex eum reliquit, & cum ille delinquens fugere voluisset, cepit eum & manibus detinuit, & vociferauit, clamando (*Aqui del Rey*) & à manibus eius per vim & violenter fuit per alios, quos non cognouit quia erat de nocte, liberatus, & quidquid potuit, fecit, & † aduersus vim nulla fi- 27 da custodia dari potest, & parum proficit, *secundũ tex. in l. si ea res, ff. de actio. empti*, & sic † si tyrannus 28 per vim virginem cognouisset, natusque ex tali coitu succedit, quia non est stuprum, *secundum Suarez. in l. 1. tit. 3. lib. 6. fori, §. fin. in prin. fol. 39. & Hippolyt. in l. vni. num. 257. C. de raptu virgin.* & quæ de nocte fiunt & in multitudine hominum, iuste ignorantur, secundum glos. *in l. si cum exceptione, §. in hac. ff. quod met. cau.* quam ibi omnes sequuntur: & sic nimirum, si eos, qui vim sibi intulerunt, non cognouerit. Præmaxime, quia † dicto ipsius Alguacelli de oppressione, & de vi deponenti credendum est: nam † in facto proprio dicenti creditur, *ex l. quæro, §. fin. ff. de adili. edicto*, quem ad hoc allegat Paul. *in l. quicunque, in fi. C. de seru. fugit.* & tenet plures allegando Hipolyt. *singul. 111. Clementissimi Dei, num. 6. & 7. volum. 2. folio 90. in paruis. & consil. 112. & 115. & 116. num. 2. eodem volu. fol. 102.* & Cæpola *in d. l. quæro §. quæro.* & istam dicit esse quæstionem pro amico, Las. *in l. cum filius famil. num. 17. ff. de verbo. oblig.* & sequitur Ant. Gom. *in l. fin. Tau. num. 15.* Quod sine dubio est verum, si in simul cũ depositione adsint alia adminicula, vt resoluit ipse Anton. Gom. *vbi sup.* & Villalo *in erario. lit. T. n. 121.* vbi limitat, & plura refert Tiraquel. *de retract. lignag. §. 1. glos. 14. num. 47. vsque ad 52.* & Menoch. *de arbit. iudi lib. 2. centur. 1. casu 99.* Hic tamẽ alia adminicula adsunt, eo quod adest acclamatio Alguacelli petentis fauorem, per † quam accla-

clammationem vis & violentia probatur, secundum Auenda. *cap. 21. per totum, col. 5. in med. lib. 2.* vbi inquit, quod acclamationes alicuius plorantis, vel dicentis, *succurrite, succurrite,* signum est illatæ violentiæ, aut oppressionis, *vt in cap. non satis, & ibi glo. 34. quæst. 2.* & in furto idem dicit Hipol. *consi. 8. nu. 4. & 5. volum. 1.* & insuper, quia de hoc conquestus est ipse Alguacellus. Quibus concurrentibus credendum est dicto Alguacello de oppressione ei facta & vi illata, præsertim cum iste sit officialis publicus, cui facilius credendum est, maxime in rebus difficilis probationis, vt † in ijs quæ de nocte facta sunt & in multitudine hominum, vbi sufficit informatio iudicis pro vehementi præsumptione, & habetur pro plena prohibitione, *ex tex. & Bart. in l. in illa stipulatione, ff. de verb. obli.* imo & tunc solo iuramento partis statur, si credimus Hipoly. *consil. 5. nu. 23. volumi. 1.* Neque † obstat ijs, si quis dixerit, quod eo quod iste Alguacellus postea de negligentia est accusatus, & sic de suo dicto commodum reportat, etiam si in facto proprio deponat non admittitur, vt tenet Innocen. & alij relati per Bertachin. *in repertorio, verbo testes deponunt,* & Sua *allegatione 1. fol. 114. in princi. in antiquis,* & Hipoly. *consi. 101. num. 39. & 40. volum 2.* vbi inquit, quod † si inquisitus induxit testes ad dicendum falsum, qui testes hoc deponunt verum esse, quod non probant contra inducentē, & *in consi. 102. n. 7. & n. 12.* hoc ampliat, etiam si veritas aliter sciri nō possit, quia in re propria nemini licet testimoniū dicere, *ex l. omnibus, C. de testibus,* & testis † tractans de se exonerando & de suo commodo non probat, *ex Bart. in l. deferre, ff. de iure fisci, & Hipolyt. consi. 2. num. 45. volumin. 1.* Supradicta enim non obstant; nam vera sunt & procedunt, vt plene non probet talis personę dictum, semiplene tamē bene probabit, præsertim † cum sit officialis publicus iste Alguacellus & bonæ opinionis & famæ, argumento doctrinæ Bal. *in l. dictantibus, num. 4. C. de testam.* dum dicit esse suspectum. Item, quia idē Hipoly. *consi. 61. n. 32. volum. 1.* contrarium tenuit eius, quod dixit *in dict. consil. 101 n. 39. & 40.* imo quod testis productus ab eo, contra quem fuit præsentatus, corruptus pecunia, ne testimonium diceret, contra corrūpentem plene probat, & ibi allegat alios idem tenentes. Ergo idem in nostro casu, maxime, quia cum dixit primum dictum in summaria informatione, in quo confessus est exemptum sibi fuisse delinquentem illum, nulla accusatio cōtra eum erat instituta, neque poterat institui, tum quia, vt dictum est tenuit eum in eo statu, in quo relictus fuit: tum etiam quia libere relictus fuit, & non in modum prisionerij, tum etiam quia cū esset nobilis non debuit credere quod fugeret: neque tenetur etiam si nimis credulus esset, & sic accussari non poterat neque potuit, & per consequens tanquam testis deponens de facto proprio iunctis dictis adminiculis probat, & est ei credendum in oppressione & vi illata, & principium est inspiciendum, vbi accusatus non erat, non † vero debet inspici finis, cū habeat necessariam consequentiam ad principium, quo casu principium & sic tempus habile est inspiciendum, *secundum Bal. in l. 1. C. mandati, Paulus, l. 1. ff. de eo quod certo loco, Boer. decis. 5. num. 20. 22. 23. & 25. & Anton. Gom. to. 2. vari. cap. 11. num. 30. versiculo, tertius effectus est.* Et in secundo dicto nihil aliud facit iste Alguacellus quam ratificare se in primo, & qui † confirmat, nihil facit de nouo *secundum textum, & ibi omnes in l. & quia. ff. de iurisd. om. iudi. Felin. per tex. ibi. in cap. inter dilectos, num. 13. de fide instrum.* ratificatioque ista retrotrahetur ad tempus primi dicti, *ex l. fin. C. ad Macedo.* & † ad inhabilitatem testis tempus iuramenti est inspiciendū, *secundū text. & ibi Bart. in l. 1. C. de testam.* conditioque testis inspici debet, cum examinatur, *l. ad testium, §. conditionem, C. de testam. Bertach. in repert. verb. testes deponunt, versic. 13.* & † in summaria informatione ita testis iurat, sicut in plenaria, *secundum Hipoly. consi. 2. nu. 25.* & cū in summaria iurauerit, iuramenti huius tempus est inspiciendum, quo inspecto, tunc tanquam testis deposuit, & per consequens fidem facit dictum eius, cum post in ratificatione nihil addiderit, & probationem, quam ex dicto primo & iuramento reperimus, candē in ratificatione reperiri necesse est. Tanta enim vis in termino referente, sicut in eo ad quem fit relatio: inest † enim referēs in relato cum omnibus suis qualitatibus & conditionibus *ex l. asse toto, ff. de heredi. institu. l. si prior maritus, ff. solu matrim.* Et pro hac mea consideratione adduco tex. *in c. cum in tua, in fin. iuncto 5. intellectu Abb. ibidem. n. 8. extra. de testi.* in hunc modum: Certum † est enim quod testis dictum post didicita testificata nihil valet, *authent. at qui semel, C. de testibus.* Sed quando probatio facienda post didicita testificata & venit ad confirmationem primæ factæ in iudicio summario bene admittitur, & valent dicta testium, quia tantum confirmat priora dicta, & priores ratificationes, cessatque timor subornationis, *secundum Soc. reg. 403. fallentia 43. & alios ibi:* Ergo primum dictum inspicitur, & consequenter credendum est Alguacello in eius primo dicto, quod tanquam testis protulit & dixit.

Quarto & pro dicto Alguacello facit: nam captura dicti delinquentis (si captura dici potest) nulla fuit & iniusta. Capturam † enim debet informatio pręcedere, *vt per Hippoly. in pract. §. constante. num. 2. & glo. 1. l. 1. titu. 29. par. 7. & Thom. Gram. consi. 55. nu. 1.* & alibi nos diximus. Iudex enim capiendo aliquem, sine informatione, peruertit ordinem iuris, *vt per Hippoly. ibidem, & Pari. de Puteo, de syndica. verbo, captura, cap. 1. in princip.* Quatuor † enim debet continere captura, vt iusta dicatur, iurisdictionem, scilicet, causam, ordinem & formā carcerationis, *secundum Bal. consil. 40. in ista captura, & consi. sequenti volum in. 1. Hippoly. in l. 1. in princip. colum. 7. ff. de quæstio* & si ordinem non habet, iniusta dicitur, *secundum eund. Hippol. in pract. §. attingam num. 43.* Peruersio † vero ordinis iuris reddit actum nullum, *ex eodē Hippoly. in pract. §. secunda, n. 4. cum pluribus seq maxime. nu. 86.* & quod sit nulla probatur ex tex. *in l. cum ij, §. prætor, ff. de transactio. & l. 1. C. de execu. rei iudi. l. cum vnus, ff. de bonis autho. iudi. poss. l. 1. C. de probi. sequest. tradit Bal. consil. 318. vol. 4.* Sed ex captura nulla, præsupponitur culpa, *vt per Hippoly. d. §. attingam, 47. & Auiles, c. 18. prætorum, num. 21.* Hic ta-

tamen ad detinendum iustum nobilem in camera illa nulla præcesserat contra eum informatio: igitur Alguacellus teneri non debet, etiam si fulgeret, cum iniuste & nulliter detineretur. Imo quantumuis aliqua adesset iusta suspicio eum detinendi, omnino veniebat si præsens fuisset absoluendus, eo quod contra eum sufficiens aderat probatio, & consequenter Alguacellus ex fuga illius condemnari in aliquo non potest, quia 45 † frustra expectatur euentus, cuius nullus sequitur effectus. & in propositum ita tenet Auiles *vbi su.nu.2.fol.177.*& Boeri.*decis.217. limit. 4.* Neque fuga dicti absentis nocere debet Alguacello, eo quod quoad ipsum plene debet probari delictum, neq; sufficit fuga, & semiplena ac præsumptiua probati, *ex dictis per nos, in l.3.titul.10.n.93.& 94. lib.4.recopil.* sicut 46 † & quo ad hoc vt quis receptator dicatur, plene debet constare de delicto, *secundum Auend.cap.7.pretorum num.3.lib.2.* Item dato sed non concesso quod ita Alguacello traditus iste fuisset, & quod eum solicitum habuit, & quod captura esset iusta, & quod veniret condemnandus absens hic; adhuc tamen iste Alguacellus excusatur: regula 47 † enim iuris est, quod bono viro credendũ est, & illi credens, excusatur, ex glo.celebri, & quotidie allegata, *in l.Titio fundus, ff.de cõditio.& demonstr.* quam plures allegando commendat Hippolyt.*cõsi.62.nu.10.& in princi.practica, n.8.*& Francis.Beccius *consi.60.n.14.*& sic † quamuis nimis credulus 48 non excusetur, *ex l.1.ff.de eo quod certo loco, & ibi DD.* tamen excusatur, si bono viro credit, *secundum DD.maxime Alex. in d. l.1. & repertorium Felini in verbo, credulus, 2.limit.* Vehemẽs enim credulitas, prout est bono, & nobili viro credere, habetur pro certitudine, *secund. Hippol. d. consil. 62.n.12.* propter 49 † nobilitatem enim & legalitatem plura specialia introducta sunt in iure, vt refert Hippoly.*consi.1. n.71.cum pluribus seqq.& in l.1.§. ad quæstionem.col 2.ff. de quæstio & in §.si quis vltro, eiusdem legis.nu.11.& Bernar. DiaZ.reg.752.& nouissime Masca. de probatio.to. 2. conclus.1095. per totam*, & Otalo. *de nobilita. 5 par. princip.c.fi.* vbi *nu.2.* ita tenet expresse, quod excusatur Alguacellus à fuga carcerati nobilis. Nobilium etiam priuilegia, refert Cæpolla *in tractatu de Imperat. milite delig. sub §.nobilitatis, n.26.cum sequentib. plurib.in 16. volum.tract.diuersorum DD.* Ergo merito in casu nostro excusandus venit talis Alguacellus, etiam si diligentiam omnẽ nõ adhibuisset, vt nobilis hic non fugeret, & in nostris terminis, quod talis custos excusetur ob nobilitatem detenti & incarcerati, primus omnium tenuit Ange. *per tex.ibi, in l.si à bonæ fidei.ff.de rei vend.*& tenuerunt plures relati per Boer.*decis.217.nu.9.& 10.* & tot Doctores refert, quod intrepide asseri potest, hanc esse omnium opinionem. Et fundatur supradicta glos.*d.l. Titio*, cõmuniter approbata, & hanc etiam tenuit è nostris Auiles, *cap.18.per totum n.11.*& ita in contingentia allegando Pala rub. affirmat conclusum fuisse Did. Per.*in l.12.tit.14.lib.2. ordin. co.555.in fi.cum princi.sequen.* eo quod secundum eũ, ibi, Nobilem 50 † fugere reputatur casus fortuitus, & de casu fortuito custos carceris non tenetur, *secundum tex in l.3.tit 29.part.7.*& tenet etiam supra dictam opinionem Ial.*in repetit.l. admonendi n.179. ff.de iureiur. & Otal.vbi.sup.dict.nu.2.* Et cum ergo hæc ita se habeant, quanto magis in nostro casu procedent, vbi fugiens nobilis non fuit traditus dicto Alguacello, neq; fugienti fuit camera constituta pro carcere: & supradicta confirmantur ex text. *in l.actioni redhibitoria, ibi bonis conditionibus emptum ff. de adili.edicto*, & 51 † quia si commodasti mihi aliquam rem, & eam dedi famulo tuo, vel meo, perferendam tibi, qui quidem famulus bonus reputabatur, si famulus ille aufugiat, non teneor, *ex tex.in l.argentum, ff.commod. & l.4.titu.2.par.5.per Anton.Gom. tom.2.var.cap. 7. col.penul.per totam.* Habes 52 † tamen notare, quod glos.illa *d. l. Titio*, non procedit in fœminis, etiam nobilibus, sed in viris, quia viro & non fœminæ creditur, *secundum Tiraq. in l. 9.connubia.gl. 1.9.par. n.52.* Et quod iste fugiens esset nobilis, & quod Alguacellus fecit quidquid potuit, probatum est in processu, & testes quamuis tunc incarcerati essent in carcere publico, cũ deponant ad excusandum hunc Alguacellum accusatum, probant optime, quia edictum de excludendis, vel repellendis testibus prohibitorium est, & ideo illi qui prohibiti reperiuntur, excludendi sunt; carceratos 53 † vero solum reperimus exclusos, quoties contra aliquem deponunt ad grauandum, *vt patet ex l. incipien. Accusado seyendo, tit. 16. part. 3.* non vero si pro reo & ad eum excusandum deponunt, quia 54 † in fauorem rei etiam inhabiles admittuntur, *vt per Anto. Gom. de delict.cap.12.n. 23.*& vbi alij haberi non possunt, *vt optime per Bernar. DiaZ regu. 759. incipien. testes, & Hippol.d.consi.5. nu.23.& in practica, §.attingam.n.80.cum sequen.* Ergo probant. Item, tunc carcerati non probant, quoties pro crimine famoso sunt accusati, secus vero, si non esset famosum delictum, prout verius esse dicit glos.*in dicta l. Partitarum.* Et itidem non obstat, quod dicti testes socij criminis videntur: nam 55 † in subsidium probant, *vt per Hippolyt. consil 61.nu. 36.cum sequentibus, volum.1.& Decium consil.189.n.10.* & quia non eodem crimine sunt socij, prout requiritur *ex l.21.ti.16.p.3.& opt.per Boe.deci.319.n.4.* Ex quib. iste Alguacellus satis remanet excusatus.

CONSILIVM XXVIII.

De accusatione proposita contra quosdam factores auxiliatores, & mandatores cuiusdam homicidij de nocte cõmissi, & de multis præsumptionibus in eos vrgentibus. Et de Partialitate, aliqua.

SVMMARIA

1. *Iniuria atrox illa dicitur, quæ per communem loci opinionem talis reputatur.*
2. *Iniuria omnis personalis grauis est.*
3. *Iniuria facta clerico maior reputatur.*
4. *Iniuria fit illi contra quẽ profertur verbũ hoc, mentiris.*
5. *Iniuria simplex aggrauatur ex qualitate personæ contra quam infertur.*
6. *Iniuria alicui facta censetur & eius socio fieri.*
7. *Testis vnus de affirmatiua præfertur mille de negatiua deponentibus.*
8. *Iniuria facta vni, censetur & toti partialitati illius facta. & ibidem vsq; ad quem gradum extendatur.*

88 Man-

IN processu ad nos transmisso super homicidio de nocte ex insidijs & proposito commisso ac perpetrato culpati sunt Nicolaus, Petrus, & Ioannes, tanquam mandantes, auxiliatores, & factores: & pro parte accusantium eorum iustitiam fundauimus contra dictos accusatos & culpatos ex sequentibus.

Primo ex inimicitia capitali inter ipsum occisum & accusatos orta, & Alphonsum intimum amicum accusatorum, ob verba contra occisum per ipsum Alphonsum prolata, & replicata per occisum ipsum, quæ quidem grauia fuerunt, præsertim inter personas nobiles, prout ipsi erant, & ex literis quibusdam ab occisso missis: Nam ex dictis verbis cõtra ipsum Alphonsum per occisum ipsum prolatis grauissime Alphonsus ipse iniuriatus remansit, & grauissima est ei illata iniuria, cum pro tali à vulgaribus communiter reputetur, pro vt in processu probatum est. Ex Angelo enim *in l. non solum. §. si mandato, ff. de iniurijs*, illa † dicitur atrox 1 iniuria, quæ per communem loci opinionem talis reputatur, prout & in propositum inquit Grego. Lop. *in l. 20. titu. 9. par. 7 verbo, alebitadamente*, Omnisq; † iniuria personalis grauis est, *secundum Bartolum in d. §. si mandato, col. 3. in prin. & glos. in l. 5. tit 15. par. 7.* quæ † quidem iniuria maior reputatur, ex 2 3 eo, quod Alphonsus se clericum fatetur, vt patet ex dictis per Gregor. Lop. *in d. l. 20. verbo. por razon*, talisq; † non solum ex verbo (*mentiris*) contra ipsum Alphonsum prolato afficitur, per quod iniuriatur ille contra quem profertur, *secundum Bal. consil. 45. lib. 1. & Soci. Iun. consi. 82. num. 1. volum. 3. alios allegantem*, etiam si diceretur, mentiris, saluo honore tuo *secundum Bar. in l. si extraneus, in princi. ff. de acquirem. hæred. ad hoc allegatum per Præposit. in cap. solicitudinem, nu. 68. de appellatio. & Didac Perez lib. 1. ordin. colum. 58. in princi. & nos etiam diximus in l. 2. tit 10. lib. 8. recop. num. 212. & 223.* verum & ex illis subsequentibus verbis (*Como ruyn villano*) cum & ex alijs simplicioribus quis iniuriatur, & † grauiter personæ, cui indicuntur, qualitate attenta, *secundũ Alex. in l. 3. num. 3 ff. de lib. & posthum.* Ex quibus quidem verbis per ipsum occisum prolatis contra dictum Alphonsum, non solum ipse Alphonsus iniuriatus remansit, verum adstantes, secundum glos. *eorum, in l. item apud Labeonem, §. non tenetur, ff de iniur.* asserentem, quod † iniuria illata alicui censetur 6 & illata eius socio itineris, quam ad hoc commendat Gram. *decis. Neapolit. 25. num. 2. & Hipol. consi. 63. n. 2. & Capella consil. crim. 32. & Boer decis. 319. n. 2.* & nos alibi diximus. Ex quo inquit Soci. Iunior *consi. 68. n. 70. volu. 3. per tex. in cap. non inferenda, & in cap. fortitudo, 23. q. 3.* quod iniuria illata socijs propulsanda est, & sic dictus Nicolaus, cum domũ quãdam de nocte ingredi voluisset, & vt inquiunt testes sua res ageretur, fuit dicta iniuria affectus: cõstabat enim ex processu, ibidem tunc temporis extitisse & probatio in contrarium per ipsum Nicolaũ facta, quod ibidem præsens non extitisset, nihil adiuuat, tum quia negatiua est, neq; concludens prout ex ea patet, tum etiam, quia Alphonsus ipse, culpatus ex inde remanet, & accusatus existit. & sic ei non credendũ, sed testib. in contrariũ per

per ipsos accusatores productis, deponentibus de 7 † affirmatiua, de qua vnus testis præualet mille de negatiua deponentibus, *vt per Iulium clarum, lib. 5. recep. sent. in practi. crimi. §. falsum. nu.* 8. Imo † & non 8 solum ipsum Alphonsum & Nicolaum affecit iniuria, verum & totam ipsius agnationem & casatam, & sic dictum Petrum Alphonsi ipsius intimum consanguineum & fratrem patruelem & successorem domus, à qua ipse Alphonsus descēdit, & partialitatis eorum, & totam ipsam partialitatem itidem maculauit, secundum Hypolitum *consi. 68. n. 3. & 4. & consi. 31. n. 16.* vbi & de facta consorti, & *consil. 124. & Thom. Grammat. decis. 23. n. 2. & Alex. consi. 24. nu. 19. vol. 2.* late Tiraq. plures allegās more suo *de minor. an. pœnis causa 51. nu. 68. cum nouem sequen.* vbi *nu. 70.* inquit, tales non posse esse testes, & nouissime Menoch. *de arbi. lib. 3. casu. 262.* vbi ad quem vsque gradum censeatur iniuriatus cōsan- 9 guineus, & an † possim ego percutere consanguineum illius, qui me iniuriauit, de quibus & per Cassan. latè *in consuetudin. Burgun. rubri. 1. §. 7. Lamande desinasse. n.* 42. & sic testis consanguineus repellitur, *secundum Clarum in practi. §. fi. q. 24. n. 12.* de quibus latè diximus *in tract. Decurio. lib. 4. cap. 4. nu. 7. cum quatuor sequen. & optimè per Gramm. consi. crim. 45. n. 3. cum sequen. aliquib.* præsertim quia sufficeret dictos accusatos sciuisse, prout præsumendum est scire, rixam & quęstionem hanc inter occissum & 10 accusatos. Amicum † enim & consanguineum facta ita grauia amici & cōsanguinei sciuisse præsumendum est, & cum intimis amicis, prout accusatos esse apparet ex processu, hæc communicari solent, vt in simili ponderat Hipol. *consi. 74. n. 15.* Amicus enim alter ego nuncupatur, & quemadmodum me fecisse, ita & ipsum de similibus 11 participasse, præsumendum est; neque vlla † cōgrua ignorantia allegari potest, cum publica & notoria fuerit quæstio hæc & rixa, *ex dictis per Tho. Gram. decisi. 36. n. 15. cum seq.* & per consequens capitalem inimicitiam esse contractam inter occisum & accusatos: nam cum dicta iniuria grauissima quidem fuerit, & grauissime ex ea dicti accusati affecti; capitalem dictam inimicitiam inter eos 12 vnusquisque præsumet. Non † enim quis minus læditur ex honoris amissione, quam ex graui percussione, imo & plus: Vitæ enim honor æquiparatur, *secundū tex. in l. Iulianus, ff. si quis omis. caus. testam.* quem ad hoc allegat Cāpol. *consil. crim. 41. nu. 8. & tradunt omnes in l. vt vim, ff. de iusti. & iur.* & ideo inquit optime Bal. *in c. veniens, in fin. per tex. ibi, de iur. 13 iuran.* quod † ex verbis iniuriosis inimicitia capitalis contrahitur, quem sequitur Abb. *in c. accedens. 2. n. 3. vt lite non contesta. & Ias. in l. procuratoribus, in fi. C. de procurato. & facit tex in l. 22. tit. 16. par. 3.* Ex quibus index, cuius hæc arbitrio relinquitur, *secundū communem assertam per Iul. Clar. in pract. crimi. lib. 5. §. fi. q. 24. versi. item quæro, & tenuerunt Ias. & Abb vbi supr. idem Abb. in c. repellantur, n. 4. & in cap. cum oporteat, n. 4. de accusatio.* arbitrabitur clarè, inter hos capitalem inimicitiam esse contractam, & ideo hos omnes vindictam sumere esse procuraturos, & pro- 14 curasse. Omnis † enim ætas ad malum est prona, *12. q. 1. c. omnis ætas*, vitiorumque imitatrix est natura, & quotidie labitur ad delicta, *secundum tex. in capi. 2. 20. q. 3.* Naturaliter enim homines potius ad malum, quam ad bonum proni sunt, *vt probatur in proœmio clementinarum, & ibi Cardi. & DD.* & † ini- 15 micus præsumitur, qui malum cogitat pro inimico suo, *secundum tex. in l. inimicitia, & in l. ex parte, ff. de ijs qui vt indig.* sufficitque causam odij probare, quamuis odium nō probetur, *secundum Tho. Gram. decis. 33. nu. 7.* & satis est inimicitiæ causam subesse, *secundum Hippol. consi. 31. n. 34.* imo & præsumpta inimicitia, *vt ibi per Hippol nu. 19.* Et sic pręsumitur hos accusatos dictum defunctum occidisse, vel occidi fecisse, & † inimicitiam coniecturam potentissi- 16 mam vocat Deci. *consil. 189. n. 13.* & in † delictis clam 17 & occulte commissis sola inimicitia ad torturam sufficit, secūdum quod in facto vidisse asserit Iul. Clar. *d. §. fin. q. 21. versi inimicitia*, & Anton. Gom. *tom. 3. varia. cap. 13. num.* 11. Et ideo inquit Hippoly. *consi. 8 nu 8.* quod si mortuus quis reperiatur, & nescitur à quo præsumitur mortuus ab inimico, & torqueri inimicus potest, absque alijs indicijs, *vt per Clar. lib. 5. d. §. fi. q. 21. nu. 30.* de quibus est videndus M. Ant. Eug. *consi. 27. nu. 2. 3. 6. 9. 20. 21. & 32.* præsertim, si talis inimicus sit persona potens, & talis, quæ vindicare iniuriam & inimicitiam præsumēdum est, prout hos vindicaturos in processu probatum exiſtit. Ex quibus vnum & vrgentissimum indicium contra dictos accusatos deducitur, maximè ex assertione verborum ipsi occiso impositorum in offensam & iniuriam accusatorum, & ex quibusdam literis eidem attributis, quæ ex processu resultant, quæ quidem omnia sufficientem probationem inducunt, quod & ipse Nicolaus mandauerit perpetrari homicidium, & q̄ Petrus & socius eius absens eius mandato dictum homicidium perpetrarunt: tum, quia vt testes asserunt, ipse Nicolaus sciuit & sciuisse de iure præsumitur, prout ex infra dicendis, & ex antea dictis apparet & apparebit, & simile factum ipso occiso imputatum, secundum legem mundi testes asserunt morte dignum, & morte vindicandum: tum etiam, quia † ex breuitate temporis lapsi à data li- 18 terarum dictarum ipsi Nicolao ostensarum, prout testes dicunt, hæc manifesta & clara reddūtur, ex doctrina celebri Barto. *in l. siquis mihi bona, §. sed qui sic mandauit, ff. de acquiren. heredi.* quam vt breuitati consulamus, sequūtur plures relati per Antoniū Gom. *tom. 3. var. cap. 3. n. 45.* & Brunum *de indi. & tortur. 1. par c. 3. n. 37. & Angel. de malefi. in parte, & Sempronium mandatorum, nu. 2. Duenas in regu 303. in fi. & M. Anto. Eugen. d. consi. 27. nu. 4. 36. 37. & 38.* præsertim cum ipse Petrus & Ioannes, vt apparet ex processu, sint intimi amici ipsis Nicolai & domus suæ, & Petrus itidem est eidem Nicolao maxima affinitate coniunctus, & res ipsorum vertebatur in vindicta dictorum excessuū ab ipso occiso cōmissorum: & † quemadmodum si filius aliquem 19 occideret propter rem ad patrem concernentem, videtur mandato patris fecisse, *secundum Hipolytum, consi. 3. nu. 18. & Alex. consil. 69. nu. 5. volum. 2. & Auiles cap. 1. per totum, ver. no consentiran, in fi. fol. 54.* ita & † si 20 intimus amicus, qui plusquam fratri ęquiparatur, *secundū Tiraq. de mino. pœnis, causa 22.* alium occiderit pro-

propter rem ad amicum concernentem, præsumendum est de mandato amici id fecisse, & ideo ex Hipol. deducitur *in consi. 74. n. 15. vol. 1.* intimum 21 † amicum præsumitur sciuisse facta amici, & cum eo communicasse, & ei mandasse. Homines enim, vt inquit tex. *in leg. sciendum, ff. de vsufru. & in l. amicißimos, in principio, ff. de excusatio. tutor. & leg. Seio. in prin. ff. de annuis lega.* negotiis rebusque suis amicos adhibere solent, & in nostris negotiis, vt 22 inquit tex. *in cap. de iudiciis, 3. q. 3.* quærenda † sunt amicorum consilia: isthæc enim cui alio quàm amico sunt communicanda? cui mandanda & confidenda, quàm ei, de quo res & nostras personas confidimus? Et ideo per Doctores maximè Felin. *in cap. Petrus, de homicid. num. 2. & sequentibus* asseritur, quod factum ab amicis vel consanguineis, præsumitur de mandato amici factum, si verè vel præsumptiuè constet, quod amicus factũ sciuit, vt & optimè per Ioannem Baptist. Ferret. *consil. 319. nu. 1. & 2.* prout hic constat Nicolaum sciuisse de dictis literis & epistolis, & de dictis in eis contentis: quæ quidẽ iuris præsumptio trans- 23 fert onus probandi in aduersarium, de iureque † facta domesticorum, & consanguineorum, à domesticis, & consanguineis sciri præsumuntur, *ex l. de tutela, Codic. de in integrum restit. & leg. consensu, §. super seruis, Codic. de repud. Bal. in leg. quicunque, C. de seruis fugit. col. 2.* præsertim, cum vt ex processu constat, delictũ hoc tractum habuit successiuum, inuentionemque & præparationẽ armorũ, à viro, non vero à muliere initium sumere cen- 24 sendum est, cum fuerit res maximæ astutiæ, & † non est verosimile aliquid vxorem cogitare vel velle facere, nisi cum viri licentia & consensu, cum ipsi esset subditissima & obedientissima, neque consanguineos, vel amicos absque amici & consanguinei indicio, prout in alio proposito inquit Thom. Gram. *decis. 34. n. 39.* ex dicto singulari Bart. *in leg. de pupillo, §. si quis ipsi pretori. ff. de nou. oper. nun.* maximè, cum vt ex processu apparet, ipse Ioannes nullam cum defuncto inimicitiam habebat, neque ob aliud perpetrasset homicidium, nisi ob ipsum Nicolaum, prohibereque potuit ipse Nicolaus voluntatẽ sororis suæ, quandoquidem vt testes asserunt, ipsa ei denunciauit literas, dicens, quòd nisi ipse vindicaret, ipsa vindicasset, quo casu de commissione & scientia ma- 25 riti homicidium factum præsumitur, præsertim † quando non est actus momentaneus, sed tractũ habens successiuum, prout hic fuit: ita asserit Boerius *quæst. 39. numero 4.* tantoque magis *secundum eum ibi*, quando est talis actus, qui mediantibus præparamentis, expensisque mariti factus fuerit. Quis ob res & ipsum Nicolaum mandasse ex dictis probatur, & ipsos Petrum & Ioannem commisisse homicidium dictorum mandato, maximè, cum vt probatum est, occisus ipse nullos alios inimicos habebat, quàm supradictos accusatos, & ideo ab ipsis inimicis capitalibus occisum esse præsumitur. Inimicitiæ enim aliæ in contrarium per accusatos allegatæ contra ipsum occisum neque inimicitiæ erant, neque considerandæ sunt, quamuis probarentur: potius enim ob iniuriandum defunctum, quàm vt eum seditiosum redderent, obiecta sunt, leuisque † inimi- 26 citia non est consideranda in hoc casu, prout ex dictis per Anto. Gomez. *d. cap. 13. n. 11.* deducitur & probatur, & maximè ex dictis per Thom. Grã. *decis. 34. n. 26.* vbi ponit qualiter † inimicitia pro- 27 banda est, vt pro tali reputetur, & pro inimico eius habetur, vt ab ea præsumi possit inimicum occisum. Et hoc est vnum & vrgentissimum indicium contra dictos accusatos.

Adest insuper secunda saltim præsumptio, orta ex assertione dicti occisi inter suos amicos, asserentis, Petrum dictum eum percussisse mandato dicti Nicolai, & domus suæ, eo quod eos inimicos habebat, & ab aliis quam ipsis timorem non habuisse probatum existit. Quæ † quidem 28 assertio, etsi de iure indicium ad torturam non faceret, sufficientem tamen præsumptionem facit non solum ad capturam, verum vt hæredes eius defuncti insequentes occisorem, à præsumpta excusentur calumnia, *secundum Anto. Gom. d. c. 13. n. 16. & Clarum d. §. fina. q. 21. versicu. assertio. vulnerati*, & quamuis publicè diceret, nescire quis eũ percusserit, intentione se vindicandi nolebat id declarare, prout probatum est in processu. Ex quo non minima resultat præsumptio contra accusatos, *ex dictis etiam per Brunum, de indiciis & tortura, 1. pag. q. 3. n. 26. pag. 38. in paruis*, & hæc † adiuuant 29 dicta per duos testes asserentes, se vidisse in illa nocte, in qua dictus defunctus fuit mortificè vulneratus in domo dicti Nicolai accusati ad fenestram quandam quendam hominem, quem esse dicunt Ioannem suspicauerunt, eo quòd ibidem alius existere non poterat, quia erat locus suus secretus, vbi nullus ali[us] quàm ipse & eius vxor solebant assistere, & quod ex proposito bis & ter id respexerunt, & viderunt, eo quod intus aderat lumen, quod sufficit, vt videre possent esse illũ hominem, qui ad fenestram apparebat, & aliquando intus se intrabat, *ex dictis per Ange consi. 193. nu. 2. & Deci. consil. 363. nume. 2. ibi, quia lumen quod erat in sala, &c.*

Adiuuat itidẽ contra dictos accusatos contra dictio mandato eorũ facta, mediantibus personis famulorũ suorũ incarceratorum, & procuratoris communis dicti populi, & quod dictus Ioannes accusatus in propria persona fuit, & curiam Regiã adiuit, ad obuiandum ne iudex daretur & prouideretur, qui delictum hoc manifestaret, & delinquentes puniret, & † sicut non caret scrupulo so- 30 cietatis occultæ, qui manifesto facinori desinit obuiare, *vt in c. sicut dignũ, de homicidio, & in ca. sicut, & in cap. negligere, 2. q. 7.* & notat † ad iudices non exe- 31 quẽtes pœnam legis, Tiraque. *de mino. pœnis, in præfatione, n 8. cum sequen aliquib.* Similiter † dicendum 32 est & illo non carere, qui perpetratum facinus & delictum manifestum occultare procurat, & quod non inquirantur delinquentes, neque castigentur: nam secundum Bald. *in leg. 1. Codic. de iis qui latro. occulta.* delictum alienum occultans facit suum, neque minus peccant, & delinquunt fauorem impendentes & procurantes, vt delictum perpetratum occultetur, quàm ipsi perpetratores,

tratores, secundum Angelum *in leg. 1. Codic. nulli ager non rump. lib. 10.* quoniam *secundum eum, ibi,* iste talis in duobus peccat. Primo, quoniam ex hoc fit particeps & sciens dicti delicti. Secundo, eo quòd impedit iustitiam administrari, & sic offendit rem publicam, & bonum publicum, & priuatum bonum hæredum defuncti, *secundum Angelum vbi sup. per tex. in cap. qui aliorum 24. quæst. 3. & per tex. ad hoc per ipsum Ange. vbi sup. expressum reputatum in dict. leg. 1. Codic. de ijs qui latro. occulta. & in leg. 1. Codic. de crim. pub.* prout hæc & alia in propositum refert Greg. Lop. *in leg. 18. verb. aquella, ti. 14. par. 7.* Et quod vltra supradicta, retenta quadam Bart. opinione relata per Ang. *de malefi. in par.* & Andream *numero 9. & 10. pag. 280. in paruis,* 33 per supplicationem † Principi porrectam, eam porrigens, visus est opem & calorem delicto commisso præstare, maximè, si supplicans non est persona, quæ ratione officii ad id teneatur. Et quamuis ipsemet Bart. vt ibidem refert ipse Ange. contrarium asseruerit alio in loco, in terminis tamen nostris, & in nostro casu vrget quam plurimum contra accusatos dicta prima Barto. opinio, tàm ex contentis in processu, quàm etiam quia personaliter ad hoc ipse Ioannes curiam regiam adiuit, procuratoremq; publicum populi ad idem indixerunt, vt priuatum & famulum suum, prout probatum est, cum deberet procurare, vt delictum manifestaretur, & puniretur, vt famam & populi clamorem contra ipsos illatum reprimerent.

Vlterius contra dictos accusatos adest & alia non paruimomenti iuris præsumptio, scilicet, quod prædecessores eorum, probatum est, commisisse hæc & alia similia delicta occultè, & ipsimet accusati in effectu id confitentur in obiectionibus contra testes accusantis per eos positis, ex quibus de iure præsumitur, quod & accusati tanquam descendentes eorum hæc & alia perpe- 34 traucrint: filium † enim parentum gesta imitaturum præsumitur de iure, secundum Specu. *in prooemio, versi. cæterum,* quem refert & sequitur Thom. Gram. *decis. 18. numero 1. & consil. 31. & Carol. Grassalis alia adducens in lib. 1. Regalium Fran. iure 16 pag. 233. in paruis,* & optimè Baldus *consil. 81. regula iuris est, vol. 3.* vbi & inquit, quòd ex parte, vel mala conuersatione, vel itidem ex malo magistro præsumitur contra delinquentem ad torturam, cum aliis adminiculis. Ex quo ipsemet Gramma. ibidem inquit, vt plurimum consueuisse filium esse similem patri, ita in virtutibus sicut in vitiis, *leg. quod si nolit, §. si mancipia, ff. de ædili. edicto,* & hac 35 de causa filii † committentium crimen læsæ maiestatis diuinæ, vel humanæ, macula paterna afficiuntur, prout hæc & alia similia adducit Simancas *de institutio. Cathol tit. 50. numero 10. cum pluribus sequent.* & nouissimè Meno. *lib. 5. præsum. præsumpt. 33. numero 1. cum sequenti.* & nos *in 8. lib. recop.* diximus. Nam vt Mantuanus inquit.

Qui vir & in foliis, venit à radicibus humor.
Et patrum innatos habebunt cum semine mores.

Et raro secundum Tiraq. vbi supra à similibus nobilibus & personis principalibus filii boni procedere solent, vt & tradit Siman. *vbi sup. nu. 11.* & faciunt dicta per Matien. *in dialogo Relatoris, 3. par. capite tertio.* Item & etiam, quoniam vt ex processu apparet, isti nobiles & eorum maiores semper partialitates sustinuerunt, & nunc sustinent, & quod peius est, quod in eis gloriantur. Ex quibus ab ipsis fuisse delictum perpetratum, præsumendum est, præsertim cum occisus ipse contrariæ fuisset partialitatis, & opinionis, & sic accusati ipsi testes accusatoris repellere volunt, tanquam homines partialitatis contrariæ, & sic eos suos inimicos hac de causa iudicant. Partialis enim & partialitatem sustinens, dum durat partialitas, non est sine peccati macula, & facilius quis † relabitur ad partialitatem, quàm ad con- 36 cubinatum, *secundum Syluam Nuptialem, verb. non est nubendum, num. 173.* Nam vt inquit Beatus Antonius Florentinus *in secunda parte suæ summa, tit. 4. cap. 8. §. 3 in fine:* semper morantur in huiusmodi partialitatibus, nec faciunt sibi conscientiam, neque † tales possunt absolui, nisi abrenuntient 37 partialitati: & ideo Silua Nuptia. *in dict. nu. 137.* inquit, quod si aliquis vixit in partialitate & moriatur cum penna vel imagine super birreto, vel cū vestibus seu caligiis indicantibus partialitatem, nisi appareant signa pœnitentiæ, quia † manife- 38 sto peccato moritur, intestabilis est, & corruit eius testamentum, secundum Bartolum, & alios relatos per Siluam, *dict. num. 173.* vbi, *nu. 174.* ponit aliud dictum mirandum, quod † sepeliri in 39 terra sacra non poterit. Nam cum schismaticus dici possit, talis enim secundum Roxas *de hæreti. 1. par. n. 503.* dicitur, omnis in peccato mortali existens, quasi à grege Christiana separatus, ideo mirum videri non debet si cum grauissime delinquat partialis in sacro non sepeliatur, vt in schismatico inquit Roxas *ibi sup. nume. 529.* grauissime delinquere, & † partialis dicatur, quia in peccato 40 est, & extra charitatem dum in partialitate durat. Partialitas enim, *secundum Siluam Nuptia. vbi sup.* opus est Sathanę, quod ab omnibus Christianis in baptismo abiuratum est, partialitasq; in ciuitate secundum eum *ibi, nu. 160.* est sicut vermis in caseo, & hac de causa, vt ibi Silua, testatur, *n. 177.* partiales † & factiosi à curiis principum expel- 41 lendi sunt, ne alios inficiant, cumque hæc epitheta partialibus applicentur à dicto authore, & in peccatore secundum eum *ibi, numero 166.* Diabolus tantam habeat potestatem, sicut pastor in pecore, manifeste colligendum est, cum aliud non constiterit, quodlibet crimen horrendum, quemadmodum est homicidii, ab istis partialibus & eorum mandato commissum, eo quod, vt fertur, facilius de homine malo hæc quā de bono præsumenda sunt: nam semel malus semper talis præsumitur. Ex quo inquit Cicero pro Cluentio, *perinde, vt opinio est de cuiusq; moribus, ita quid ab eo factū & non factū sit, existimari potest,* & secundū tex. *in l. 1. C. si quis imp. maledixi. & Hostien. in sum. ti. de iudæis. §. 1.* ex † personis hominū dicta pēsam⁹, indeq; 42 expectāda sunt antea acta, dictaq; † ex præteritis 43 enim

enim præsentia æstimari solent, prout hæc & alia optime adducit in propositũ Siman. *d. tit. 50. n. 15.* 44 *& 16.* partialisq; † habitum odij semper habet contra homines contrariæ partis, vt inquit Boer. *in tract. de seditiosis, §. primo, nume. 10.* vbi *cum seq.* de ijs tractat partialitatibus, & idem quod Boeri, asserit Florenti. vbi supra, *dicto §. 3. columna penultima,* vbi per totum illum §. *tertio*, plura dicit de partialitate.

Adest contra hos accusatos alia iuris præsumptio, scilicet, quod cum delictũ hoc occultetur, & manifestum fieri sit difficilimum, ab ipsis est præsumendum esse commissum: nam secundum tex. *in leg. splendidioris, C. de diuer. offi.* relatum ad hoc 45 per Tho. Gram. *decis. Neap. 23. nume. 9.* crimina † nobilium facilius occultantur.

Item, quia statim commisso delicto testis vnus inquit se duos homines vidisse fugientes cum armis, qui introierunt in domum dicti Petri: ex quo resultat, quod cum eadem hora esset commissum delictum, & nullum alium delictum tunc successerat, & in domum dicti Petri introierunt, quod ipse Petrus & Ioannes accusati erant isti fugientes, præsertim cum dictus testis dixerit, quod erant staturę & formæ dictorum Petri & Ioannis illi qui occisum vulnera-46 uerunt. Nam † delatio similium armorum relucentium lex ad malum præsumit, *secundum Abb. in cap. tertio, loco, n. 9. de probationibus,* & quamuis 47 iste testis in dictis suis variauerit, istud † tamen dictum quod est posterius & in tormento in eo est ratificatus debet valere, ex Bart. *in leg. eos. ff. ad l. Corne. de falsis*, quem sic declaratum sequitur Coua. *lib. 2. varia. cap. 13. numero 8.* & secundum Alciat. *de præsump. regul. 1. præsumptione 29. numero 13.* posterius hoc dictum debet in processu remanere, & tormentum excludit allegatam contradictionem, & infamiam purgat, & dictum 48 fortificat: nam † tortura fidem testis auget, & fortiora redduntur dicta testis in tormentis, *secundum Soci. Iunior. consilio 39. num. 6. vol. 2.* præsertim si sunt verosimiliora, *vt per Coua. dict. nu. 8. post medium, Tindarum de testi. lib. 1. cap. 14. numero 1. tom. 4. in tractatus diuersorum Doctorum, Masca. conclusione, 1370.* prout censentur verosimilius dictũ hoc in tormentis esse, cum adsint duo testes asserentes se à dicto teste audiuisse dicta in hoc vltimo dicto tormenti, & verisimilius est attendendum ex iu-49 ribus supra citatis. Neque † obstat, quod iste testis sit minor 20. annorũ, quoniam iam quod absque veritatis præiudicio inditium non faceret, facit tamen magnam præsumptionem, *secundum Anto. Gom. tom. 3. varia. cap. 12. num. 13. in fine*, etiamsi impubes esset, *secundum Brunum de inditiis & tortura, 1. part. cap. 2. n. 18.* imò & quod fortius est, cum delictum hoc sit de nocte commissum, & ex insidiis, ex quo reputatur esse difficilis pro-50 bationis dictũ † testis etiã infantis inditiũ facit ad torturã, *secundũ Hippoly. expresse in l. infans, n. 35. ff. ad l. Corne. de sicariys,* & per consequens, interim tamen quod aliud ex contrario nõ probatur, cõtra istos accusatos est intẽtio facienda, quod ipsi delictum hoc perpetrauerint & committi mandauerint.

Item, & contra dictum Petrum adest variatio eius circa quandam ligaturam, quam paulo post dictum delictum in crure portabat, & hanc nunc ex hoc, nunc ex illo dicit processisse, & in nocte 51 illa visus est ambulare armatus, & variatio † inducit præsumptionem contra variantem, *secundum Hippoly. in pract. §. quoniam numero 4.* Item, quia in illa nocte ex dictis suis nimis solicitum 52 ambulasse apparet, propter † quod suspectus præsumitur in delicto, *secundum tex. in leg. vnius facinoris, §. seruo qui vltro. ff. de quæst. & ibi Hippoly. & idem Hippoly. in pract. §. diligenter, n. 151.*

Vlterius etiam, quia in populo fama, & vox publica erat, quod dicti Petrus & Ioannes delictum hoc commiserunt mandante eis dicto Nicolao, quæ quidem publica vox & fama, etiam si non probaretur cum omnibus requisitis à Bart. assertis *in leg. 1. §. plurium, ff. de quæstion.* tamen 53 quando † cum tali fama absque dictis requisitis probata, adsunt alia adminicula, facit fidem ac si cum dictis requisitis probaretur, vt tenent ipse Bart. & eius sequaces, secundum Aretin. *in cap. cum oporteat, colum. 9. extra de accusat.* maxime cum quantumuis Aretin. ibi dixerit opinionẽ Bart. *in dict. §. plurium*, esse magis communem contrariam tamen dicit communiorem Iuli. Clar. *in dict. §. fin. quæst. 6. numero 14.* vbi & hanc contra Bartolum dicit in practica magis receptam, in Rota, & in Cancellariis, & nos eum retulimus *in l. 3. titul. 10. numero. 85. libr. 4. recopil.* de quo & per M. Anton. Eugeni. *dict. consilio 27. numero 5. & 42. cum 3. sequentibus.* Et cum hic adsint vt vides tot 54 adminicula imò & indicia, testisque † tantum deponẽs de auditu præsumptionẽ facit, ita ut transferat onus probandi in aduersariũ, se excusandi, *secundum Deci. consilio 372. num. 3.* satis probata remanet dicta publica vox & fama. Quæ quidem in hoc casu, non solum inditiat ad tormentũ, verum plenè probare ex sequentibus patet rationibus.

55 Prima ob † grauitatem delicti, prout est homicidii, *secundum Angel. consilio 217. numero 6.* tanquam perpetratum contra omne ius & præcepta noui & veteris testamenti, & contra mandata iuris ciuilis & canonici, & de genere prohibitorum, & ideo horrendum crimen vocatur, *secundum Afflict. relatum per Casan in consuetu. Burgun. rubri. 1. fol. 13. in magnis, colum. 4. in princip.* 56 aggrauaturque † & calificatur magis, eo quod de nocte fuit commissum, per quod grauius efficitur, quam si de die committeretur, *secundum Bal. in leg sicut, numero 1. Codic. de sicaryis, & Thom. Gram. decisi. 36. numero 14.* & vltra hoc per insidias 57 commissum est, quæ † insidiæ delictum aggrauant, vt patet *ex cap. 1. de homicidio*, & ex communi asserta per Clarum, *dict. §. fin. quæst. 3. versicul. hoc autem,* scilicet, quod insidiosus homicida priuatur immunitate Ecclesiæ, insuperque ex proposito & animo deliberato commissum est, prout ex genere armorum & inuentione eorum & ex aliis ex processu apparentibus constat, & ex dictis per Clarum *vbi sup. §. homicidium versic. ex proposito,* etsi tenens opinionem Anto. Gom. *tom. 3.*

R 2 varia

varia. cap.3.n.5.& Cova.lib.2. varia. ca.20.n.7. allegauosè fuit † factum cum secura mors dici possit, *ex leg.10. titul.26. libr.8. recop.* quod vsquequaque non affirmo, nisi intelligas secundum dicta per nos *in leg.3. titul.2. libr.1. recopi. numero 10. & 11.* ex pluribus, quam circumstantiis delictum aggrauatur, *secundum Bal. in authen. sed nouo iure, Codic. de Epis. & cleri.* licitum † esse videtur ob grauitatem hanc iura transgredi posse, ex celebri dicto Innoc. *in cap.1. de constitutio.* quam plurimis doctrinis exornato per Thom. Gram. *decis. 36. numero 3.* & 4. vbi inquit, ob id posse nobilem furcis suspendi & altiori furca, maximè *secundum eum ibi*, si in patria illa delicta fieri consuescant, prout in dicto loco consuetum erat, de quo Innocentii dicto plures illud commendantes referens meminit Tiraq. *de mino. panis Caus. 49. num. 16. cum 3. seq.* de cuius dicto intellectu latius infra, *numero 63.* dicemus. Et ideo leuiores probationes in hoc casu sufficere debent, & iura transgredi, ne similia delicta vlterius perpetrarentur. Nunquam † enim melius delicta fieri prohibentur, quam si facta puniantur, *l.1. & 2. C. de numula. l. quoniam, C. de plagia, can. circuncelliones 23. quæstione. 5.* rigideque exercenda est iudicialis authoritas, ne amplius crescat spes talia committendi, *cap. relegantes, 23. quæst. 5. de priuileg. c. cum & plantare,* iudexque † debet habere seueritatem non animo sæuiendi, sed medēdi, *cap. odia. 81. distinctione.* Indulgentia enim iterata est occasio delinquendi, *cap. de his, 51. distinct. l. si apparitor, C. de cohort.* & melius est cum seueritate diligere, quam cum limitatione decipere, *can. non omnis, 5. quæst. 5.* & † ideo propter criminis atrocitationem ex sola suspitione seu præsumptione quis damnari potest, *secundū Paul. Grillan. de hæreti. lib.1. q.8. nu.2.* & minor qualitas probationis tunc sufficit, *secundum Auend. resp. 31. n. 3. in fi.* & † plura propter criminis atrocitatem in iure permissa refert Tiraq. *de minor. pœnis dict. causa. 49. n. 29. cum sequentibus,* & Auend. *d. resp. 31. nu. 6. & 10. & iterum in resp. 35. n. 4.* Et si in aliquo casu iura transgredienda forent, in præsenti id esse agendū. Quid enim horribilius quam mors, maxime in adolescentia contingens, & tali tempore & tot insidiis & præparamentis & cautelis perpetrata? quænam iam tuta quies, quis locus securus inuenietur, si hæc repentina & scandalosa mors inulta remaneret? licet non diffiteor dictum Innocentii non passim per omnes iudices practicari debere, sed per superiores, & cum magna aduertentia & purdentia, vt late diximus *in l.1. tit. 21. n. 18. lib. 8. recop.* & ad huc seruato in processu iuris ordine, vt sic optime per Fran. Personal. *de indiciis & tortura, q.10. n.24. p.192.* de quo latius *inf. cons. seq. n. 43.*

Secunda vero ratio est, quare publica vox & fama in hoc casu deberet sufficere, eo quod homicidium hoc de nocte, & per insidias & ex proposito commissum est, & ea † quæ de nocte perpetrantur delicta, reputantur de ijs, quæ sunt difficilis probationis, secundum gloss. singul. *in leg. si cum exceptione, §. in hac, ff. quod met. caussa,* quam singularem vocat Angel. ibidem, & Alexand. *con. 24. col 1. n.8. vol.2. &* Hippoly. *consi. 5. n. 20. & consil. 127. nu. 7.* & hac † de causa fama sola plene probat in hoc casu saltim ad torturā, *secundum Bart. in l. si quidem, C. solu. matrimo. relatum per Mexiam in l. de Toledo, in 10. fundamento, 2. part. n. 12. & Dec. in cap. cum dilecti, 1. num.16. fol. 374. de appellatio.* & Iuli. Clar. *in pract. §. fin. quæst. 21.* vbi inquit ita vidisse quandoque iudicari, & tenet Alexand. *consil. 24. n. 20. vol. 2.* Deci. *consi. 595. n. 6.* vbi & dicit quod tunc plene etiam probabit, & hanc vocat regulam communem ipsemet Deci. *consil. 575. num. 7.* Nam minor probatio in hoc casu sufficit, secundum Craue. *consil. 178. num. 1. 2. & 3.* vbi optima dicit de commissis de nocte, *& Auend. dict. respon. 35. nume. fin. ad fin. & tenet etiam Socin. Iunior. consi. 32. num. 23. vol. 2. & Roma. consil. 7. n. 2. & 3. & nouissime M. Anto. Eugeni. dicto consil. 27. num. 12. 64. 65. & 66.* Imo & quod plus est, in ijs † quæ sunt difficilis probationis, quælibet informatio iudicis habetur pro veritate & plena probatione, secundum Bar. *in l. in illa stipulatione la 1. n. fi. ff. de verbo. oblig. quem ibi sequitur Ias. num. 18. & 19. & Alexand. consilio 24. n. 6. cum 3. sequentib. volu. 2. & ibi additio. alios allegat idem tenentes,* & Bart. doctrinam alij sequuntur, secundum eundem Alexand. *consil. 53. num. 1. volu. 2. & sequitur etiam Bartol. Socin. consil. 46 num. 9. volumi. 1. & Socin. Iunior. dict. consilio 32. numero 12. volu. 2. & Brunus, de indi. & tortu. 8. part. in princip. numero 2. pag. 160. in paruis, & Auend. alios allegans dict. resp. 31. num. 3. versi. & quandocunque, & Mexia vbi sup. nu. 31.* & Hipoly. *vbi sup.* secundum quem *in rubri. de probatio. numero 183.* ex † vehementi omnium opinione inducitur probatio, *vt per Mexiam dict. num. 31.* eo quod vehemens opinio consonat veritati, & idem operatur, quod certitudo, secundum gloss. fin. *in leg. si quis extraneus, §. sciendum, ff. de acquir. hæredi.* quam commendat alios allegans idem Hipoly. *dict. numero 173.* & scire dicimur, quod vehementer opinamur, *gloss. l. 1. §. penul. verb. sciat, ff. de aqua plu. arcen. glos. l. si duo. §. penul. ff. vti possi, allegata per Gerar. de petra santa, singul. 80.* Imo & ausus est Hippoly. in dictis consiliis dicere, quod † in tali casu solum partis iuramentum sufficeret pro plena probatione, prout & voluit Cepol. *consilio ciui. 2. n. 8.* hoc tamen de iuramento non est verū, neque communiter approbatur, *secundum Areti. in cap. qualiter & quando, el 2. colu. 10. versi. in gloss. quæ incipit sed qualiter, extra, de accusatio.* verum † tamen ex coniecturis in hoc casu sufficeret probatio, *secundum Mexi. vbi sup. num. 14. & 15.* sufficitq; probatio præsumptiua, *secundum Socin. Iun. d. consi. 32. n. 13. vol. 2.* Multa † enim specialia propter difficultatem in probando existentē inducuntur de iure: quorū primū per Hypol. *d. consi. 5. n. 2.* proponitur, aliud per eundem *consi. 61. n. fi.* alia per Ias. *in l. 4. §. si tibi, n. 4. ff. de condi. ob turp. causam* aliud per Deci. *con. 363. vol. 3. n. 5.* quod inhabiles testes tunc admittuntur, *vt per Auen. d. resp. 31. nu. 5.* & sic secundum Deci. *ibi, n. 6.* in hoc † casu propter iudicis arbitriū potest deueniri ad torturam ex dicto vnius testis omni exceptione maioris, quod tamen intelligo, nisi testis ille plures obiectus pateretur: nam tunc etiam si esset plusquam vnus, neque in defectum probationis fidē facient, prout est regulare, quoties

72 ties † plures defectus testis patitur, *secundum Hipoly.consi.*102.*Roland.consi.*16.*n.*20.*& 21.vol.*1. *Menoch.de arbi.lib.2.cent.1.casu* 99.*numer.7.fol.* 232. Hipoly.*sing.* 385. vbi inquit quod in totum repellitur talis testis, *Cephal.consilio* 250.*numero* 33.*& 34.lib.2. Mexi.in l.de Toledo,* 4.*fundamento,* 1.*par. numero* 29. *& Eugen. d.consilio* 27.*num.* 66. neque numerus testium supplet tunc eius defectum, *vt per Hippoly.consi.* 109. *n.* 6. Et ideo ex dictis patet, & homicidium hoc commissum ab ipso Petro & Ioanne ex mandato dicti Nicolai, quam ob rem ad condemnationē contra
73 eos deueniendum iudico: nam † in delictis occultis ex inditiis indubitatis ad condemnationē deueniri potest, prout communem testatur Clarus *vbi su.q.*20.*col.*6.*in princip.* & Brunus *vbi su.*1.*part.q.*4. *n.* 7.*pagin.*52.in paruis, in occultisque ad condemnationem deuenit ex præsumptionibus. *secundum*
74 *Soc.Iunior.conf.*39.*num.*8.*vol.*2.& † ex pluribus præsumptionibus potest quis legitime condemnari, *secundum Roma consi.*53.*nu.fi.Auend.d.resp* 31.*nu.*3. *Aimon Craue.consi.*98.*n.*11. & fit ex eis plena probatio, *secundum Soci.Iunior.consil.*32.*nu.*24.*vol.2.* Et sic limitanda forent asserta per Boer.*decis.* 164. *num.* 3. as-
75 serentem, ex † inditiis indubitatis non deueniendum ad condemnationem saltim corporalem, prout inquit Paul.*consi.*196. quem refert & sequitur additio. Abb.*in cap.tertio loco, de probationibus, n.* 9.*litera* E. nam id verum esset, & procederet in delictis non occulte commissis, secus vero in occultis, & quæ sunt difficilis probationis, vt & nouissime inquit Barbosa post hac in ea scripta *in prima par.l.2.in prin.ff.solu.matrim.n.* 80. *cum plurib. sequent.* idq; iudex arbitrabitur cōsideratis causis, insidiis, & præparemētis, loco, & tempore cōmissi delicti:
76 nam † probationes arbitrariæ sunt iudici, *vt per Auend.d resp* 31.*n.*5.*in fi.* nam vt inquit Iuris Consultus iudici loquens *in l.3.ff de probatio.* tu magis scire potes, quanta sit testib. fides adhibenda. Ex Boer. enim vbi supr. iudex ex diuersis animi motibus & ex variis suggestionibus partium quādoq; deuenit ad vnum finalem animi conceptum non indigentem iuramenti adminiculo, & ideo iudex circunspectus motum animi sui, vt inquit tex. *in cap. præterea de testibus.* argumentis & testimoniis, quæ rei aptiora esse compererit, cōfirmabit: indicium enim secundum Abb. *in d.c. tertio loco, n.* 8. *de probationibus,* oritur ex iis, quæ vrgere debent iudicis animum ad credendum maleficium, vel rē, de qua
77 agitur, euenisse. Debet † tamen arbitrium suum iudex hic secundum ius regulare, vt & inquit M. Ant. Eugen *d.consi.*27.*n.*67.& Rom.*consil.*376.*incipien.quæstio est nunquid, col.pen. & consil.* 451. *incipien.*
78 *quædam mulier,* quo † regulato si animum suum satisfecerit, potest arbitrium suum ad mortem vsq; extendere, ex glo. vulgari, & communiter recepta *in §. in summa. instit. de iniuriis,* secundum Maran. *in pract.* 4 *par.dist.*1.*n.* 53. vbi cum seq. eam limitat aliquibus modis, præsertim, vt procedat in delicto graui, prout est hoc nostrum, vt dictum est, & eodem modo tēperat glo. illam Ant.Gom. *to.* 3 *vari. c.*6 *n.*8.& nos itidem in attrocissimis temperauimus eam *in l.7.tit.8.lib.5.recop.n.* 45. cum Greg. Lop. & aliis ibi adductis, & cum ampliationibus & limitationibus declarat eam Menoch.*de arbi.lib.*1.*q.*86. *per totam,* omnino videndus. Et sic ex supradictis apparet, satis vehementissimas probationes resultare contra dictos accusatos, vt ex eis condemnari
79 possint, licet † non diffiteor, iudices non solere, etiam in crimine occulte commisso, cōdemnare in pœna ordinaria, etiam ex vehemētissimis præsumptionibus, ex d.consi.Paul.de Cast. supra relato, & ex optimo consi.Anchar.409.relato per Auend.*respons.*35.*n* 5.*in princ.* expresse ita tenente, scilicet, quod accusatus non debet tunc pœna ordinaria, sed extraordinaria puniri, quem tamen in delictis occulte cōmissis reproba Barbosa *vbi sup.*
80 *maxime, n.*89 *& 91.* ex † sola tamē fama, vbi aliæ nō sunt præsumptiones, non debet imponi pœna ordinaria, quoniam multū fallax & mēdax est fama, *vt per Tiraq. de minor.pœn.causa* 27 *n.*4.*&* 5. Ideo † omnia per iudicem caute & cordate pensitanda sunt, & ruminanda, vt & delictum hoc non remaneat impunitum, neq; incentiuum hæc & alia perpetrandi tribuatur, sed potius reipub. & partibus sa-
81 tisfiat de iustitia, & † capto toto integro processu, prout DD.consulunt capiendum, *in c.cum Ioannes, de fide instrum.* satis culpati dicti accusati resultant,
82 & sufficiens adest probatio. Singula † enim quæ non prosunt multa collecta iuuant, prout in propositum inquit Brunus *de indiciis & tortu.*1.*par versic.circa secundum, n.*6.*pag.*9.*in paruis,* & M. Ant. Eugen *in d consi* 27.*num.*11.60. 61. 62. *&* 63. & Guido de Suza. *de indi.& tortu numer.* 101. vbi quam plura congerit in propositum indicia indubitata facientia, & apparentibus dictis indiciis & probationibus, prout apparere videntur, vnumquodque de per se in esse suo perfectum, iungendi sunt alia indicia, etiam in criminalibus ad constituendum ex eis plenam probationem: imo & cum hic agamus de iure probando, non vero de iure con-
83 stituendo, duæ † etiam imperfectæ probationes faciunt vnam perfectam, si credimus Bal *in l.* 2 *in princi.ff.de excusa.tuto.* dum tamen sit perfecta quælibet in se, *vt per M.Anton.Eugeni. dict. consilio* 27. *numero* 62. qui quidem Bald. *& in consilio* 480 *numero* 3.*volum.*5. inquit, multas bonas coniecturas vim
84 vnius testis habere, & in † criminalibus ad cōdemnationem deuenitur per præsumptiones, tam legis, quam hominis, *secundum Guido. de Suza, vbi su.n.*103 *pag.*240. *in paruis,* & vt propius ad nostrū
85 casum accedamus, in † delictis difficilis probationis semper species diuersę probationis iunguntur ad complendam probationem, secundum Soci. Iunio.*consil.*39.*n.*3.*vol.*2. & secundum Alex.*consil.* 24 *n.*42.*vol.*2.& secundum eum ibi pro plena habentur probatione, etiam (quod est fortius) si tales probationes essent alias imperfectæ, *secundum Bar.Soc.consi.*46.*n.*9 *vol.*1 *& Alex d.n.*42. *quē refert & sequitur Deci.in c.cum causam, n.*10. *de probatio. & consi.* 577.*n* 12.*& voluit Rom.consil.*7.*numer.*3.*& Soc. Iun. d. consil* 32 *numer.*12. *vol.*2. *& Mascar.de probatio.conclus.* 1034.*nu.*24.*&* 25.*& nouissime D. Barbosa, vbi su.n.* 84. *cum sequent.* Nam ex multis imperfectis fit vna perfecta probatio, *secundum Bal in dict. capitulo cum causam, in princip.* sicut ex multis membris inuicem cohærentibus fit vnum perfectum corpus,

& ex multis consonantiis fit vna perfecta harmonia: & ideo inquit Iaf. relatus & secutus per Boer. *decisi. 101. n. 8.* quod cum secundum eundem Boeri. *vbi su. numer. 6.* in omnibus quæ directo probari non possunt, posse per coniecturas probari, vel sufficit informatio ex præsumpta opinione, sufficere in tali casu probationes, quæ alias tanquam 86 imperfectæ reiicerentur, & ideo † Abb. *in d. c. tertio loco, num. nono, de probatio.* sufficientem esse tunc probationem inquit, qua mediante concludatur Seium esse inimicum Titii occisi, & quod tempore accusationis erat in loco, & quod receptauit occidentem, prout hic probatur, & quod occidens erat eius famulus, vel familiaris & domesticus, & quod est homo potens ad iubendum, & inter eos offensa processerat, secundum quod omnia hæc ex processu constãt, scilicet, dictum Nicolaum esse potẽtem, & quod causa inimicitiæ grauis aderat, & quod Petrus, & Ioannes erant eius amici intimi, & Petrus itidem erat affinis in propinquo gradu, & delicto commisso recepti sunt in domo Nicolai ipsius, insuper quod vltra supradicta indicia plura quoties adsunt, etiam si de eis 87 deponãt testes singulares, si † ex eorum dictis resultant plures præsumptiones, indicium faciunt ad torturam, *secundum Thom. Gram. decis. 34. numero 30. & 35.* & per consequens in præsenti cum adsint plures præsumptiones & coniecturæ, imo & publica vox & fama, plena in præsenti adest probatio, & non præsumptiua, & talis quæ ad condemnationem deberet sufficere.

Quibus non obstantibus non obstat primo, cõtrarium obiectum per accusatos præsentes, videlicet, quod interim quod de delinquente non constat mandans delictum committi vel auxiliator non tenentur de mandato, neque de auxilio: 88 nam † vt de iis punirentur debebat per veras probationes constare, delictum esse commissum à mandatario, *ex dictis per Felin. in c. sicut dignum, de homicid. & Hipoly. & alios relatos per Auend. cap. 22. per totum, numero septimo in prin. libro 1. & iterum, cap. 7. numero 4. illatione 2. lib. 2.* Nam id verum esset si per probationes fictas de mandatarii delicto constaret, prout est fuga & absentia, secus vero si per plenas probationes constet, prout ex supradictis remanet constare: quæ quidem non solum plenæ, sed & veræ probationes dici possunt: nam si, vt dictum est, sufficit in hoc delicto iudici constare de delinquente per vehemẽtem probationem, cer- 89 to † ille dicitur scire, qui per vehementem opinionem aliquid scit, *secundum tex. & ibi DD. in l. qui hereditatem, ff. de acquir. hæred. & Felin. & alios relatos* 90 *per Hipol. in rub. numero 174 C. de probatio.* & † probationes factæ per coniecturas dicuntur manifestæ, *secundum text. in l. licet, de leg. 1. notat Alexan. in consilio* 91 *24. numero sexto, volum. 2.* & † probatio plena sumitur ex pluribus præsumptionibus simul iunctis, *secundum Soci. Iun. consil. 61 n. 7. vol. 3.* & aptissima dicitur probatio illa, quæ fit per indicia: *arg. l. Imperator, de leg. 1. & ff. de rebus dubi. l. qui habebat, ad hoc alle-* 92 *gata per M. Afflict. decis. 44. numer. 16.* Non enim † ad vnam probationis speciem iudex debet aliquem arctare, contra *l. quoniam, C. de hæreti.* nam etsi omnes casus, quibus quid vere probari potest, inspiciamus, equidem reperiemus etiam † in illis posse 93 fieri probationem ex præsumptionibus & argumentis iuris, *l. 3. §. vidua, ff. de carbo. edicto, notat Boer. q. 90. familiari, n. 6.* Et sic habemus ex dictis plena probatione delinquentes coniunctos esse, itidẽque & vera: nam † quoties admittitur probatio 94 per præsumptiones, vera efficitur probatio per eas, ex tex. *in l. indicia, C. de rei vendi.* quem ad hoc allegat Abb. *in c. tertio loco, n. 5. in fi. de probatio.* & *n. 6. & 7.* prosequitur hoc, & affirmat duas præsumptiones cum aliis indiciis plenam facere probationẽ, & ideo inquit legislator *in l. sciant. C. de probatio.* q † 95 per indicia potest quis de crimine conuinci, præsertim in delictis, quæ sunt difficilis probationis, prout est nostrum, in quibus, quia † non recipiũt 96 consuetas probationes, iura contẽtantur probationibus, quæ haberi possunt, *cap. 3. de probatio. cap. Michael, de filiis presby. capit. licet ex quadam de testibus, notat Federic. de Senis, consil. 119. nulli dubium est, si prælatus,* imo & testes de auditu tunc sufficiunt, saltẽ vt transferatur onus, se exonerandi in aduersarium, secundum quod inquit Deci. *consilio 272. nu. 3.* Cum ergo supradictæ sint plenæ & veræ probationes, cessat dictum obiectum, cessat itidem doctrina Innocen. *in cap. quia verosimile, de præsumptio.* dicentis, ex † præsumptionibus non esse impo- 97 nendam pœnam ordinariam, neq; extraordinariam, saltim immoderatam: nam cum hic plena adsit probatio, cessat hæc doctrina, pro quo à cõtrario sensu considero, l. 10. titul. 11. part. 3. ibi (*ante deue dar por quito el acusado, pues que acabada prueua, no salta contra el.*) Ergo integra probatione reperta condemnandus est, etiam si talis plena probatio ex probationibus & indiciis resultet, in casu in quo pro plena habetur probatione in criminibus occultis ex iuris dispositione.

Minus etiam obstat negatiua, quam dictus Petrus prætendit probare coarctatam loco & tempore, quoniam vltra quod testes, quibus eam probare intendit, sibi inuicem in tempore contrariantur, non ita eam coarctat, quin non appareat sese præsentem potuisse delicto adesse, & sic negatiua non remanet coarctata, neque itidem probata, eo quod dicti duo testes quibus eam intẽdit probare, sunt sibi ipsis contrarii in tempore, quæ † 98 quidem temporis diuersitas inducit contrarietatem in testibus, *vt optime per Aretin. in l. 2. §. creditum, num. 20 ff. si cert. pet.* & sic nullus dictorum testium fidem facit, vt in simili inquit Ripa *resp. 72. numer. 12.* & † quantumuis dicta eorum concordari pos- 99 sent, hoc esset, ne de periurio punirentur, non vero vt probaret, *secundum Ripam, ibi, numero tertio*, Item, quia † vnus istorum testium si ipsi contraria- 100 tur, & etiam si non sit super substantialibus, ad huc tamen periurus dici potest, *vt per Crauet. cons. 6. numero 19.* licet vt talis non punitur, sed pœna stellionatus, *vt per Iuli. Clar. in pract. §. falsum, numero nono,* & testis contrarius nihil probat, *secundum Ripam respons. 53. numero decimo tertio,* & † qui in vno 101 sibi contrariatur, in nihilo debet credi, ex communi asserta per Villalobos, *in ærario suo commun. opin. litera T, numero, 143.* siue prius deponat falsum,

siue

siue post: siue capitula sint separata, siue non *secundum Soci. Iuni. consil. 40. nu. 15. & 16. & consi. 41. nu. 13. vol. 2.* imo & non solum non creditur iis testibus etiam reductis ad concordiam, vt inquit Bart. *in l. inter stipulantem, §. 1. numer. 6. ff. de verb. oblig. & melius in l. 1. num. 18. C. de vsufru. & addi. Bar. in l. quoties, num. 5. C. de nat. li. 11. communis secundum Rom. d. §. creditum, num. 10. & ibi Areti. n. 18. cum 3. seq.* & Angel. *in §. secũdum minus, col. fi. Inst. de actionibus. & in §. si de alia. inst. de inut. stip.* vbi hanc communem legistarum testatur opinionem, præsertim si vnus testis alteri testi contradicat, *secundum Aretin. vbi su.* verum etiã

102 possunt puniri: nam † testes varii de falso puniendi sunt, *secundum Feli. & Abb. in c. cum in tua, n. 1. & ibi additionator, de testibus, Symancas, de institutio. catholi. titu. 64. n. 52.* & iam quod non, vt periuri puniren- tur, arbitrio tamen iudicis puniendi sunt, *secundum Iaf. & relatos per Ber. Diaz, in regul. 745. testis ad hoc vt incidat*, & idem est dicendum de aliis testibus sibi in tempore contradicentibus.

Neque itidem obstant inimicitiæ & aliæ obiectiones contra testes accusatoris oppositæ per accusatos: nam præsupposito, quod nulla obiectio (præter inimicitiam) opposita contra testes accusatoris in hoc casu aliquid operari potest, neque diminuit eorum fidem, eo quod delictum est de iis, quę neque actu, neque habitu probari liquido

103 potest, vt dictum est, quo casu etiam infames, & non idonei testes admittuntur, *secundum Thom. Gram. decis. 34. num. 37. & Ber. Diaz, in regul. testes mi-*

104 *nus idonei*, inimicitia † aduersus hos accusatoris testes allegata, non probatur talis, quę ad excludendam eorum fidem sufficiat, prout de iure requiritur probari, *ex l. 6. titu. 33 par. 7. & l. 22. tit. 16. part. 3. & ex optime adductis per Thom. Gra. vbi sup. numero 26. cum sequentibus* neq; causa odii & inimicitiæ (quæ alias sufficeret *secundum eundem Gram. decis. 33. numero septimo, & Aufredi. in tract. de reprobationibus testi. verbo, inimicus, & Anton Gom. tom. 3. varia. capitulo 12. n. decimo quarto,*) in pręsenti probatur sufficienter, vt clarissime ex probationibus patet, & sic fides testium accusatoris non diminuitur ex dictis obie-

105 ctionibus, præsertim † cum maior numerus duorum suppleat defectum, si aliquis in dictis testibus recipi poterat, vt per Alex *consi. 5. col. pen.* & Auen. *cap. 2. per totum, numero 19. illatione 2. libr. 1. & lib. 2. cap. 5. num. 5. versi fin.* vbi *in secundo versic.* limitat, nisi defectus perueniat ex inimicitia, nam inimicis in nullo casu creditur, *& Ber Diaz, in regula. 466. fallẽtia 19.* maxime attenta nobilitate, & legalitate dictorum testium probata, *ex dictis per Tiraq. de minor.*

106 *pœnis causa. 51. nu. 106. cum seq.* legalitasque † vnius suplet defectum alterius, *vt per plures relatos per Tiraq. ibid. n. 121.*

107 Nihil itidem obstat dicere, quod † occisus fuit inobediens patri suo, nam hæc non est causa iustificandi delictum; Cain enim ipsi Deo fuit inobediens non seruando mandata eius, & tamen ipsemet Deus, *vt patet Genes. c. 4.* ait, septies luiturum eum, qui ipsum occideret.

Minus etiam obstat dicere, vt aduersarii dicũt, quod ex imperitia medici mortuus fuit defunctus: nam vltra quod hoc non probatur, vulnus ipsum capitale & mortale esse ex dictis peritorum in processu apparet, & sic chirurgi imperitia, si quæ adesset, non excusat, quin vulnerans de occiso teneatur, *iuxta tex. in l. ait lex. §. quod si mortifero, ff. ad l. aquili.* & communem testatur, vt breuitati consulamus, Iul. Clar. *lib. 5. pract. crimi. §. homicidium, versi. quandoque etiam*, vbi *in versi. scias etiam*, in-

108 quit, iudicio † medicorum standum in hoc, & *in*

109 *versi. caterum si vulneratus* inquit optime, quod si † vulneratus processit de malo in peius, prout hũc defunctũ processisse probatur, & intra breue spatium moriatur, puta quadraginta dierũ, prout iste mortuus fuit, præsumitur vulnus fuisse mortale, & sic nulla causa superueniens excusat occisorem ab homicidio. Neque est aliqua excusatio dicentium, noluisse illum mortaliter vulnerare, neque occidere, eo quod contrarium constat, vt vides,

110 & † ex vulnere animus occidendi præsumitur, & ex præparatione armorum, *secundum tex. in l. 1. §. diuus, ff de sicariis, quem ad hoc allegat Pari. de Puteo in tracta. synd. verb. pœna, c. 9. n. 3.* & exitus acta probat, *l. rem non nouam, §. fi. C. de iudi.* & sic euentus mortis ostẽdit vulnus fuisse mortale, *secundũ Gram. consi. 49. n. 2.*

Neque bona fama dictorum reorum aliquid eis opitulatur, quoniam dato, sed non concesso,

111 quod esset probata, est in genere, quæ † quidem non tollit famam in specie probatam contra eos de isto delicto, *secundum Hippoly. consil. 3. volum 1. & Alex. consil. 77. lib. 1. Roma. consil. 351. eundem Hipoly. in*

112 *pract. §. diligenter, numero 197.* & † fama alicuius potest esse bona, opera tamen eius possunt esse mala. Nam vt inquit Tiraq. *de minor. pœnis causa, 51. numero 4. cum seq.* sub agni specie lupum gerunt, & qui curiosos simulant, Bachanalia viuunt, & secundũ eum *ibi, n. 7.* iustum ab iniusto, probum ab impro-

113 bo discernere soli Deo cõpetit, & † vbi de præiudicio alterius agitur, nõ curatur, an quis sit bonus, *secundum Abb. in iure in prin. de offic. deleg. relatum per Tiraq. vbi sup. n. 61.*

114 Itidem non obstat dicere, quod † nobiles sunt, & ideo mitius puniendi, *vt inquit Thom. Gram. de-*

115 *cision. 29. numero nono, & decimo,* quoniam † hoc nõ procedit in nostro casu, tum ob criminis enormitatem, ob quam & nobilitas perditur, & furca altiori nobiles sic delinquentes suspendendos esse asserit idem Grammati. *decisione 36. nu. 3. & 4.* tum etiam, quia vulnerator ipse non erat nobilis, sed

116 pauper, & † eius qualitas est attendenda, non vero mandantis, *secundum Bar. in l. is quidem, colum. fin. ff. de furtis, quem & alios refert & sequitur Tiraq. de minor. pœnis causa 31. numero 31.* & quia occulte, & per insidias delictum hoc fuit commissum, ideo *secundum Tiraquel. ibi, numero decimo octauo,* grauius puniendi sunt in dignitate constituti, sicut grauius peccauere.

Vlterius id quod opponitur, quod nõ erat honestum respectu qualitatum horũ nobiliũ in iudiciũ deducere acta & gesta ab ipso occiso, & per consequens etiam si probaretur intẽtio accusantis, excusandi sunt accusandi, quoniam dato, sed

117 non concesso, q̃ ita esset, verba † verbis repellẽda sunt: aliter. n. non defensio, sed vltio iudicaretur, si aliter fiat et incontinenti, *secundũ glo. in l. scientiam,*

§ *qui*

§.qui cum aliter, ff. ad l. aquili. text. in l. si ex plagiis, §.1. eod. titul. bellissime per Deci. in l. vt vim, ad fin. ff. de iust. & iur. Abb. in c.1. de iniuriis, & in c. cum te. n.25. de iudi. 118 tum etiam, quia † non incontinenti fuit factum, & dum prouacauit iniuriatus posset, & sic vltio dicitur, secundum DD in d. l. vt vim, & tex. opti. & singul. in materia l.3. col.3. tit.16 part.2. & l.2. tit. 8. par.7. Hippoly. in pract. §. quoniam, n.63. cum seq. defensioq; 119 † debet articulari & probari de necessitate, secundum Deci. in d. l. vt vim. num.17. & tunc debet esse attenta qualitate iniuriæ, secundum Ant. Go. to.3. vari. 120 c.3. n.45. versi. quod tamen limita, & sic † cũ moderamine facienda sunt, & de moderaminis coniecturis, vide optime per Cepol. consil. crimin.41. n.16. & consi.28. & 29.

Quoad interesse vero, imo potius quoad damnum petitum per hæredem occisi, & prætẽsum 121 ex morte eius, etiam si † occisus non esset officialis, debet satisfieri, secundum Anto. Go. d. c.3. nu.37. & tũc hæc satisfactio arbitrio iudicis facienda est, secundum Pari. de Pũte. de syndica. c. quia plurics est, d. n.2. fol. 122 mihi 2¡1. & † qui occasionem damni dat, damnum dedisse videtur, ideo in eius solutionem condemnandus est, secundum Thom. Grama. decis.3. nu.10. & Hippoly. in nostris terminis in consil.115. num.20. cum sequentibus & gloss. in l. quæstiones, §. si quis in collusatione, ff. ad l. aquili. & sic inquit Sot. de iust. & iure, lib. 4. q.6. art.3. relatus & commendatus per Couarr. 123 libr 2. varia. c.10. num.7. versi. quarto eodem, quod † in iis quę secundum speciem reparari nequeunt, restitutio est ad arbitrium boni viri faciẽda, de quo & per Naua. optime, in manuali, c.15. numer.19. cum seq. vbi tenet cum Scoto, & communi, imo & in- 124 quit ibidem ipse Naua. num.20. quod † etiam id quod expensum est, in sepeliendo occisum, secũdum qualitatem suæ personæ tenetur occiso restituere, vt & tenet Rolan. Valle consi.39. n.5. quod est optimum verbum & in practica per aduocatos ignoratum. Ex sequẽtibus omnibus remanet satis declarata culpa horum reorum & secũdum ius sat defensata, licet tandem iudex pœnam ordinariam iis delinquentibus non imposuerit, sed extraordinariam pecuniæ & exilii, eo quod non visa ei fuit concludens probatio suo commissa est probationum fides: Vnusquisque dum casus occurrerit arbitrium suum iustificare poterit ex iis, eligendo quæ meliora & certiora sibi videbũtur.

CONSILIVM XXIX.

Pro defensione cuiusdam nobilis qui alium super sessione in Ecclesia post diuina officia celebrata interfecit saltim, vt ei non imponeretur pœna ordinaria homicidii, neque alia corporalis.

SVMMARIA.

1 *Scriptura an requiratur in remissione iniuriæ vel homicidij facienda, & n. 4. & ibid. remissiue, in quibus casibus scriptura pro forma requiratur.*
2 *Probatio testium & instrumentorum eandem vim habent.*
3 *Scriptura quoties in aliquo casu requiritur, quinque testium probatiõ sufficit ipsius defectus, vel per partis confessionem.*
5 *Remissio defuncti occisi in vita an auferat vxori eius ius accusandi mortem, & n.7.*
6 *Accusandi ius de morte alicuius, quibus competat, & an primo accusante cæteri in vlterioribus gradibus existentes admittantur & quomodo, & n.7.*
7 *Remissio homicidij à defuncto facta an cæteris praiudicet & valeat.*
8 *Remissio vel accusationis transactio an competat iure hæreditario vel sanguinis. & n.9.*
9 *Filius accusans de morte patris an dicatur eius hæreditatem acceptare.*
10 *Reprobatur Meneses.*
11 *Causa naturalis quoties cum accidentali concurrit naturalis præfertur.*
12 *Sanguinis ius non potest cedi.*
13 *Transactionis impedimentum super aliqua iniuria est reprobatum etiam si cum iuramento fuit.*
14 *Legis auxilium frustra imploratur ab eo qui contra legem facit.*
15 *Ratificatio post contradictionem nihil operatur.*
16 *Præsentia vulnerantis in remissione facienda an requiratur. & quid in contractibus.*
17 *Acceptatio an inducatur eo ipso, quod deuenit ad notitiam ipsius in cuius fauorem cadit.*
18 *Pœna corporalis vel infamatoria non habet locum vbi remissio partis adfuit. & numero 19. declaratur.*
19 *Pœna corporalis vel infamatoria regulariter an sit nobili imponenda.*
20 *Nobilitas est eam minuendi pœnam ordinariam.*
21 *Nobilibus pœna fustium non est imponenda.*
22 *Nobiles deportantur vbi decapitantur ignobiles, Vbi exemplificatur & in nobili occidente presbyterum, & dante alapam alicui, dum rem diuinam audiret.*
23 *Statutum tollens misericordiam cum occidente limitatur in nobili.*
24 *Pœna venit minuenda delinquenti ad id non consueto.*
25 *Fama bona etiam in genere probata excludit delictũ & facit præsumi pro eo qui probauit eam.*
26 *Nobiles à plebeis distinguendi sunt in sedilibus processionibus & aliis actibus etiam in vestibus, Vbi alia de nobilibus remissiue, n.28.*
27 *Sedere ante alios honor est.*
28 *Nobiles matronæ possunt implorare officium iudicis, vt defendant contra alias non ita nobiles in sessionibus Ecclesiarum & in offerendo.*
29 *Actio iniuriarum datur contra illum, qui non patitur honorem decerni.*
30 *Resistentia etiam manu armata ob sedis vel honoris defensionẽ an licita sit, vel Mors impedientis, & nu. 35. declaratur.*
31 *Ignoscendum est ei, qui se voluit vlcisci prouocatus, Et ibid. etiam si ex iniusta causa moueatur.*
32 *Aggressor præsumitur homo rixosus, & quod peccatũ suum illum occidit.*
33 *Excedens in defensione modum inculpatæ tutelæ solum punitur de excessu, Et ibi quomodo puniatur.*
34 *Iniuriam verbalem gladio propulsans & occidens iniuriantem, quomodo puniatur.*

35 Nobi-

QVidam nobilis fuit accusatus, quod mortaliter vulnerauit hominem quendam non nobilem, & quod ex vulnere decessit, prout probatum est decessisse, & rixa & dissensio, ex qua & ob quam vulnus fuit illatum, euenit in Ecclesiá completis iam diuinis officijs, & dum omnes inciperent iam ab Ecclesia egredi, aderant tamen adhuc tunc multi in Ecclesia, & erat dies solemnis festiuus, & occasio & causa rixæ processit ex eo, quod nobilis ipse nobiliori loco sedere volebat; alius vero qui nobilis non erat, impediebat eum ibidem sedere, dicens ibidem esse suum locum, alius vero negabat, ob quod successit dictum vulnus per testes probatum, ab ipso tamē nobili negatum se tale quid perpetrasse, & cum pars dicti nobilis accusati fuit mihi commissa pro eius defensione saltim, vt pœna mortis, neque alia corporalis ei imponeretur, sequentia in facto & iure allegaui.

Primo, quod processus factus erat nullus tanquam factus absque parte, tum quia defunctus ipse in vita, tam quoad exterius, quam quoad interius forum remisit accusato omne ius ciuile, & criminale, tam ex vulnere, quam ex morte ex eo 1 sequenda resultans, quam † quidem remissionē sufficit testibus probare, quia hic non est de casib. relatis per gloss. *in capit. 1. de censibus, in 6.* requirentibus scriptutam, & quid aliud dixerit, id ostende- 2 re tenetur. Nam in † exercendis litibus parem vim habent testes & instrumenta, *l. in exercendis, C. de fide instrum.* maxime cum, absq; veritatis tamen præiudicio, scriptura requireretur, quinq; testibus 3 remissio hæc probata fuit, quo † casu suppletur scripturæ defectus, *vt per omnes, in cap. 1. de sent. excommu. libr. 6. per text. in l. testium, C. de testibus,* & nos latius diximus *in 4. lib. recopilat. sub l. 3. titul. 13. num.* 60. vbi, & in nume. præcedenti dicitur sufficere confessionem partis, & idem etiam Aluar. Velas. 4 *de iure emphyteut. quæst. 7. nu. 27.* & † quod in simili remissione non requiratur tabellio tenet expresse Villalpand. *in l. 21. titul. 1. par. 7. 3 par. §. 68. fol. 196.* præsertim vbi nihil de hoc in contrarium obijcitur, *secundum Bartolum, Alexan. & Ias. in l. quoniam, §. certi conditio. ff. si cert. petat. & Aluar. Velas. vbi supr. n. 13.* & hanc remissionem itidem in testamento defunctus ipse approbauit & cōfirmauit: quæ qui- 5 dem † remissio ius omne accusandi abstulit vxori ipsius defuncti, ex text. & materia *in d. l. 22. titul. 1. part. 7.* secundum verum, & communem intellectum, vt inquit ibi Grego. Lopez. *in glo. magna ad finem*, & sic practicari quasi communiter accidit & asserit Anton. Gom. *tom. 3. variar. cap. 3. num. 56. & Couar. lib. 2. varia. cap. 10. num. 5. versi nono, idem cano.* & Meneses *in l. transigere, C. de transactio. num. 52. & 64.* & pro hac vera opinione considero text. *in l. 14. tit. 8 part. 7.* dum ibi ordinatim describit per- 6 sonas, quæ † accusare occisorem possunt, & primo numerat vxorem occisi, & ea nolente disponit alium ibidem nominatum admittendum: vxore tamen accusante alium non admitti ibidem clare disponitur: Ergo si accusauit, & remisit, idem erit: iniustissimum enim esset, vt si ea persona, cui prius locus accusandi conceditur accusante & remittēte & interesse ex hoc percipiente; quod alius consanguineus admitter[illegible] & post eum alius, vsque ad gradum, in quo permissa est accusatio vni, alio proximiore nolente; & sic procedere in infinitum, & itidem prælatio ab illa l. 14. proposita nullius esset momenti: & sic hanc tenendam iudico opinionem, quod proximiore vel proximioribus in eodem gradu existentibus. nullus alius admittatur in posterum ad accusandum, tanquam consanguineus, licet sicut vnus de populo pro vindicta publica admitteretur, non vero pro interesse particulari, cum istud sit iam remissum à superioribus. Et sic licet antea esset maxima controuersia inter Doctores, an omnes consanguinei admittetentur, etiam quoad interesse particulare, hodie tamen proximiorem admittendum tantum verum esse iudico, & eo remittente nullum alium cōsanguineum admittendum, nisi tanquam vnus de populo pro satisfactione reipub. læsæ, & existente fiscali publico ad hoc ministerium constituto, ipse & non alius prosequetur.

Ex quibus in propositum sequitur, quod quāuis † defunctus hic in vita non remisisset, prout 7 remisit rancorem & omne ius occisori, vel remissio non valeret, tanquam facta timore mortis, & ob animæ salutem, vt inquit Villalpando, *vbi supr. 3. part. §. 51 numer. 17. fol. 147.* vxor ipsius occisi est illa, cui vere competit ius accusandi mortem, *vt apparet ex dict. l. 14. & ex Villalpando, vbi supra 2. part. §. 40 num. 1. cum sequentibus, fol. 90. & Meneses, vbi supra, numero 57.* & Anton. Gomet. *vbi supra nu. sexagesimo quinto*, in fine ampliat hoc; etiam si defunctus hæredem in testamento relinqueret; & bene: nā ius † hoc accusandi & transigendi non competit 8 iure hæreditario, sed iure sanguinis, *vt probatur ex l. pro hærede, §. fin. ff. de acquir. hæredi. l. quæsitum, ff. de sepulc. viola. notat Villalpando, vbi supr. 2. part. §. 51 numero 5. fol. 141.* iura nanque sanguinis tolli non pos-

sunt, *ex §. sed naturalia, Inst. de iure naturali*, & sic ius faciendæ pacis cum occisore competit filio, etiam si hæres non sit patris occisi, *secundum Bart. in l. si filius qui patri, numero octauo, ff. de vulga. vbi Ias. numero vigesimo primo, cum eo esse communem testatur, & alij relati per Menes. vbi supr. numero sexagesimo secundo.* Neque † videtur filium acceptare patris occisi hæreditatem, etiam si de morte eius accuset & transigat: nam cum actus hic geri possit citra ius & nomen hæredis, gestus à filio nō inducit aditionem, & ita vltra dictos tenet gloss. *in l. venditæ, verbo, propter, ff. de hæredi. vel act. vendi. & communem affirmat Ias. in l. Papinianus, §. fin. numero secundo. ff. de acquirend. hæredit. secutus per Meneses, vbi supr.* Ex † quibus non placet mihi opinio ipsiusmet Meneses, *ibidē, numero quinquagesimo nono*, asserentis, hęredem scriptum ab ipso defuncto occiso præferri huic proximiori consanguineo in hac transactione: ex dictis enim corruit eius opinio: & quia † vbi concurrit causa accidentalis, & naturalis, præfertur naturalis, *ex l. excusantur, vbi gloss. ff. de tutelis, & supra latius diximus, consilio decimo sexto, numero decimo sexto*, & sic contrarium tenuit Anton. Gom. *vbi supr.* cumque vxori in præsenti competeret ius accusandi, consanguineis huius definiti nullum competit, vt accusare possint, & cessio ab ea in consanguineos mariti facta ad hoc, nihil operatur, quoniam † ius sanguinis eis cedere non potuit, *vt late per Tiraq. de retract. linagie. §. 26. gloss. 1. num. sexagesimo quinto*, & sic cessio & scriptura super ea facta nulla sunt, præmaxime cum in scriptura ipsa ad suggestionem contentotum in ea, actum sit, vt nullo modo ipsa vxor possit remissionem aliquam facere absque ipsorum cessionariorum consensu & permissu, quod aduersari iuri diuino & humano itidem videtur, iniurias remittendas disponēti saltim quoad rancorem, & † sic neque iuramentum de non transigendo valet, quia est contra bonos mores, *secundum Ioan. Gutierrez. in tract. de iurament. confirma. 3. part. capitulo tertio, numero fin.* & ideo † frustra legis auxilium implorat, qui contra legem committit, *ex capit. bona 1. de electione*, & ex iuris regula neque ratificatio actorum ab ipsa vxore facta aliquid operari debet, cum ante ratificationem sit contradictio interposita per accusantem, allegantem omnia in contrarium acta esse nulla, ex dictis, quo † casu ratificatio nihil operatur, *ex textu glo. & omnibus præcipue. Ias. numero decimo, in l. licet, C. de procurato. & ex l. 10. titul. quinto, partit. 3. & ibi glo. apro. l. 3. eodem titulo & partita & Arias Pinel. in l. 1. 3. part. numero trigesimo tertio, C. de bonis mater. diximus in l. 2. titulo tertio, numero vigesimo sexto, libro quinto, recopilat.* & per consequens ex dicto processu videtur nullo modo posse sequi condemnationem aliquam, sed potius vt nullum iudicari, tanquam factum à non parte, & contra iuris ordinem, quo casu ratificatio nihil operatur, *ex dictis per Hipoly. in pract. §. successiue, numero secundo, cum sequentibus*, etiam si remissio dicta à defuncto facta non valeret, cum in effectu valida deberet pronunciari, vt vxor vel alius non admitteretur ad accusandum, tanquam partes interessentes. Neque iis obstare diximus tempore remissionis dictæ à defuncto factæ vulnerantem nō esse præsentem: nam cum per viam renunciationis iuris omnis defuncto competentis ab eo factæ remissio hæc fuerit facta per defunctum, non vero per viam pacti aut trāsactionis, nulla † fuit necessaria partis præsentia pro eius acceptatione, vt optime per Villalp. *vbi supr. 3. partit. §. 60. numero duodecimo & decimo tertio*, & iterum *in §. 62. columm. penult. folio* 180. vbi hanc veriorem testatur opinionem, & allegat Alexand. hanc dicentem magis communem. Et vltra † hoc statim remissio hæc fuit publicata & deuenit ad notitiam ipsius vulnerātis, ex quo fuit visus eam acceptasse, *ex dictis per Tiraquel. de constituto, 3. part. limitatione 30. numero vndecimo, cum sequentibus*, & iterum in testamento ipse defunctus remissionem hanc approbauit & confirmauit: existenteque dicta † remissione nullo modo potest imponi pœna corporalis, neque infamatoria dicto accusato, etiam si delictum esset enorme, *ex textu in dict. leg. 22 titulo primo, partit. 7.* in casibus in quibus licet transigere, & id apparet ex dict. leg. dum dicit, *que vala en quanto para non recebir pena en el cuerpo el acusado*, & hunc esse communem illius l. intellectum affirmant Villalpand. & Anto. Gom. relati per Meneses *in dict. leg. transigere, numero quinquagesimo*, vbi inquit cum eis ita in praxi & cōsuetudine esse obtentum, *& sequitur Couarru. libro secundo variar. capit. 10 numero quinto, versi. nono, Didac. Perez in l. 2. titul. 11. columna 5. versic. est etiam elegans, libro primo, ordin Marant. in pract. 6. par. in princip. numero* 58. nouissime Olanus *in concordia Antinomiarum litera A. numero 34. cum sequentibus pluribus*, vbi allegat Montal. dicentem sic vsu & practica receptum esse, & *num. 37.* ipse Olanus allegat dict. leg. partitæ, & quandam pragmaticam ad hoc, & *numero quadragesimo secundo*, id etiam in quolibet atroci delicto dici procedere, præsertim cum † nobili, cui non est imponenda pœna corporalis, aut infamatoria regulariter, *vt per Tiraquel. de nobilitate, capit. 20. & ex l. 24. titul. 21. parti. 2.* tametsi, secundum Meneses, *vbi supr.* aliquando iudices Regii supremi, præcipue Regii prætores pœnam, etiam vltimi supplicii accusato transigenti imposuerint, præsertim si ex atrocitate noua & maior species delicti constituitur, vt inquit Gregor. *in dicta l. 22. gloss. magna*, Id tamen rarissime contingere solet, & in supremis iudicibus, vt inquit Meneses *vbi supra* & casu in quo supradicta cessarent, & quod dicta remissio nihil valeret, adhuc non est huic accusato imponenda pœna mortis, neque alia corporalis infamatoria. Nam ex pluribus causis est huic minuenda pœna, quarum causarum prima est: Accusatum esse nobilem: quæ † quidem nobilitas minuit pœnam ordinariam, *ex leg. sacrilegii pœnam, in principi. ibi pro qualitate personæ, & in §. primo, ibi, aut si honestiore loco natus, ff. ad leg. Iul. pecula. & leg. padius, ibi, si sordidiores erūnt, & iterum, leg. fin. ibi, si humiliori loco natus, ff. de incend. ruin. naufra. leg. eiusdem, § pen. ff. de adulter. leg. 2. ff. de termi. mot.* vbi Bart. inquit pœnam † fustium à nobilibus esse alienam, *cap pastoralis in fi. princi. ibi. dignitati deferat & personæ, de officio delegat. gloss. in leg. aut damnum, §. in ministerium verbo,*

verbo, fœmina, ff. de pœnis, gloss. fin. in capit. fin. de transactio. gloss. in capit. qui cōtra, vbi est tex. expressissimus, 24. quæstione 1. l. 24. titulo 21. partit. 2. & sic inquit Alberic. *in l. illicitas, §. qui cum vniuersas, in fin. ff. de offic. præsid.* quod † plerunque nobiles solent deportari, vbi ignobiles decapitarentur, Salicet. *in l. & si seuerior, numero secundo, C. ex quibus causis infamia irrogetur*, & plerique omnes vbique teste Tiraquel. *de pœnis temper. causa 31 numero primo*, & in casus contingentia in quodam nobili presbyterum quendam occidente tenet Thom. Grammati. *decisione 23. numero decimo*, & in dante alteri alapam in Ecclesia dum audiret rem diuinam, dixit idem Tho. Gram. *decisi. 14. & in d. decis. 23. numero secundo*, & in occidente idem Grama. *voto 13. nu.* 18. *& 19.* Adeo † vt etiam si statutum dicat, nullam misericordiā ex delicto consecuturum delinquentem, *vt in cap. 2. de maledi.* tamen vt dicit Hosticn. *ibidem, in ver misericordiam*, si delinquens is est nobilis audiendus est, si pœnitentiā & pœnam paratus est pretio redimere, & licet ex cōsuetudine Regni nobilis homicida occidatur, tamen nobilitas hæc cum aliis causis seq. de quibus infra multum prodest, vt nō occidatur.

22 · 23

24 Secunda † vero causa minuendi pœnam, est in illo qui non est solitus delinquere, prout est probatum in processu, hunc accusatum esse non solitum delinquere, imo indulgetur ei hac de causa; *ex l. si post idoneum, & l. et si seuerior, C. de infami.* & Grā. *d. decisi. 23. n. 7. alia allegando*, imo & secundum eum; *ibi*, licet homicida debeat expectare quod fecit, est tamen in iudicis potestate; ipsum non cōdemnare ad mortem, sed deportare si vult, *secundum eund. Gram. voto 23. num. 21.* & vbi adsunt causæ clarius in iudice facere debere: ad hoc enim causæ sunt ex-pressæ in iure, & † bona fama excludit delictum; etiam si sit in genere, *vt optime per Franc. Becium, consil. 60. n. 25. cum seq.* 25

Tertia causa est, & ex processu resultans, scilicet; defunctum adhibuisse huic accusato occasionem: nam dum accusatus hic vellet in Ecclesia ipsa sedere in sedili ei per parochum assignato, & vbi sedere solebat, noluit defunctus eum admittere, vt resultat ex probatione informatiua, & ex toto processu, in quo ipsum defunctus iniuriauit, vt probatum fuit iniuriasse: accusatus enim nobilis erat notorius & executoria Regali sic demonstrauit, defunctus vero non erat nobilis, & per consequens nobilis hic in primo, & nobiliori 26 loco sedere debebat. Nobilis † nanque in sedilibus, & processionibus & aliis actibus, & etiam in vestibus distinguendi sunt à plebeis, & ipsis præferendi, *vt latissimè per Tiraquel. de nobilitate, capitulo 20. & 21. & diximus in nostra Curia Pisana, libro primo, capitulo 12. numero vigesimo primo, cum sequentibus, & Sarmien. select. libro 1. cap. fin. & in libro 7. capi. 16. numero secundo, &* 5. & habemus ad hoc singularissimam l. 23. titul. 21. partit. 2. id probantem, & tradit Didac. Perez *in l. 1. column. 2. titul. 6. libr. 1. ordin. & alor. de nobili. 5. part princip. capit. fin. numero 15. Cassan. in catalogo gloria mūd. 1. part. consideratione 12.* & faciunt dicta per Menchacam *in præfatione controuer. illust. numero decimo octauo, cum sequentibus aliquibus*, vbi plura singularia in hoc proposito admodum conducibilia congessit, quæ ne videamur furando transplantare, omissa facio, per ipsum videnda. Et 27 † sedere ante alios honor est, vt diximus in dicta Curia Pisana, *libro secundo, capi. 2. sub litera* C. Ex quo vt ad propositum deueniamus, inquit optime Ioann. Fabr. vbique ad hoc allegatus, *in §. aliam. Inst. de bono. possess.* & Ias. *in l. si non sortem, §. libertus, numero vigesimo tertio. ff. de condi indebi.* quod † nobiles 28 Matronæ iudicis officium implorare possunt aduersus alias non tam inclitæ nobilitatis, vt defendantur in vsu sedendi in Ecclesia, & offerendi, adeo vt inquit Bal. *in l. obseruare, §. antequam, numero tertio, ff. de officio proconsu.* quod † competit actio in-2 iuriarum contra eum, qui non patitur honorem decerni, quia nemo tenetur pati paruipendi honorem suum, *l. 1. in principi. ff. de postulan.* & Gerardus *sing. 33.* vbi additio plures Doctores congerit hanc opinionem approbantes, & Cassan. *vbi supr. 1. parte, considerā. 2.* imo & inquit Gerard. *vbi sup.* quod † 30 pro defensione sedilis & honoris licitum est resistere vi & reiicere prohibentem manu armata, & occidere, sicut liceret pro defensione vitæ, cui honor æquiparatur, & refert hoc Tiraquel. *de nobilitate, capit. 20. numero 58.* & Mencha. *controuers. illust. capitul. 18. numero 16.* vbi *numero* 18. inquit se hoc nec probare, nec improbare. Sequitur etiam hoc dictum Segura *in directo. iudi. Eccles. 2. parte, capit. 14. num. vigesimo secundo, & 23.* & Ioann. Garsi. *de expensis, cap. 8. numer. 51. ad fin.* & nouissime idem Ioann. Garsi. *in suo commento de nobilitate, gloss. 35. nume. quinquagesimo nono*, & Lara, *in l. si quis à liberis, in princip. ff. de liber. agnos. nu. 33. & 34.* vbi inquiunt talem occisorem non esse puniēdum pœna ordinaria, & sequitur etiam Marzari. *consi. 26. n. 23. cum sequentibus aliquibus.*

Cum igitur sic hæc se habeant nimirum si huic nobili parcendum sit, ob honorem suū ei per defunctum ignobilem denegatum, prouocato † e-31 nim & iniuriato parcēdum est, si vlcisci se voluit, *vt inquit text singul. in l. qui cum natu maior, §. libertus, ff. de bonis libert. optime Grammat. consilio 39. numero secundo*; præsumitur enim prouocatum causa defensionis, & sui iuris conseruandi facere, potius quam animo iniuriandi, *ex l. merito, ff. pro socio. notat Oldral. & alij relati per Gram. decisione Neapoli. 37. numero tertio, & quarto*, idque adeo verum est, quod etiam si ex iniusta causa moueatur, excusatur, secundum Angel. *in l. ait prætor, §. hac actione, ff. vi bonorum rapto.* vbi id expresse asserit in eo, qui propter delictum commissum, etiam ex iniusta causa motus merebatur pœnam mortis, sequitur Grāmat. *decisione 5. numero 24. & decisione 23. numero sexto*, præsertim cum defunctus ipse, vt est probatum, esset homo † rixosus, contra quem præsumi-32 tur, quod est aggressor, & q̧ nullus eum occidit, sed peccatum suum, *secundum Grammat consilio 62. n. tertio, & voto 14. nu. quinto*, Et dato sed non concesso, quod accusatus occidendo eum excesserit † modum defensionis, & inculpatæ tutelæ nō te-33 neretur, nisi de excessu, ob quem pœna relegationis & pecuniaria non vero corporalis esset puniendus, *secundum Grammat. dict. consilio 39. numero 3.*

S 4 *& in-*

& melius, consilio 63. numero decimo, & Anton. Gom. de homicid. numero 24. & etiam si † verbis iniuriatus gladio se defendat & propulset iniuriam, occidẽdo iniuriantem, adhuc tunc non debet pœna mortis puniri, sed mitiori, secundum Angelum *in l. si adulterium, §. imperatorem, ff. de adulter.* quem & alios referens sequitur Placa *de delict. libro 1. capitul. 1. numero 21.* vbi in fine inquit, ex Boerio sic in praxi obtentum fuisse Arresto, quodam Gallicano, & idem Plaça id declarans *in eodem libro primo, capitulo 28. numero 17.* Cumque hic nobilis in præsenti causa verbis & facto prohibitus fuerit per defunctum, sedere in loco suo, & sedili ei assignato, & de iure debito, nimirum si propulsando iniuriam, & resistentiam excusetur, etiam si occiderit resistentem, saltim, vt non corporali, sed mitiori pœna pecuniaria & relegationis puniatur. Debet tamen ibidem esse solitum sedere: nam † si ignobilis ibidem solitus erat sedere non est reiiciendus, neque repellendus per nobilem, secundum Ioan. Fabr. & Marza. *vbi supra* quos post hæc vidi relatos per Ioan. Garsi. *in dict. commento de nobilitate, glo. 18. in prin. num. fin.*

Quarta vero causa est; nam allegatum fuit defunctum hunc minasse accusatum, quod accusatum ipsum occidisset, si super sedili tractasset, & datis dictis minis, & quod defunctus ipse minans esset rixosus, & solitus eas exequi, ad nihilum tenetur accusatus, etiam si probaretur ob hoc defunctũ occidisse: licitum † est enim occidere volentem me offendere, neque teneor expectare me percuti, secundum Grammati. optime, *consilio quinquagesimo sexto, numero secundo*, etiam si tantum immineret periculum iniuriæ personalis, & *numero vndecimo*, inquit, quod præparantem licet occidere, vt per eundem Grammati. *consilio 69. numero octauo, & consil. 29. numero 29. 27. & 28.* Imo si vir † nobilis vel honestus ab ignobili vel vili fuisset aggressus, non tenetur fugere: Vnde si aggressorem occiderit, iure fecisse aiunt Doctores communiter teste Menchi. *dict. capitu. 18. numer. decimo quarto*, Delictumq; ad hoc, vt non puniatur, sufficit probare tale quid, ex quo appareat illud † delictum potuisse licite fieri, licet punctualiter non probetur iure licito fieri potuisse, *secundum Grammati. decision. 56. num. 10.*

Quinta vero & vltima causa est, quod est eminens & excellens in arte sua pictoriensi, vt pluribus testibus est probatum, & † tunc minoranda est omnino pœna, neque condemnandus Principe inconsulto, *ex l. ad bestias, ff. de pœnis*, notat Anton. Gom. *tom. 3. variar. capitulo decimo tertio, numero 36 versiculo, tertius casus*, vbi id ampliat, vt sufficiat respectu loci, in quo habitat, habere hanc eminẽtiam, & late Gram. *consil. 63. num. 7. & 8.* & Paris de Pateo, *de syndic. in parte pœna*, & Barba. ad Bart. *in l. 3. col. 7. de iurisd. omni. iudi.* hanc causam prosequuntur, & Tiraquel. *de pœnis temper. causa 50.* Cæpolla, *caute. 2. numero 2* & iterum *in l. 2. C. de vsucapio. nu. 18.* vbi affirmat se liberasse quendam hominem, quia erat magnæ fortitudinis in ludo ensium, & Cou. *lib. 2. var. ca. 9. num. 9 Maran. de ordi. iudi. 6 par. in fin. n. 6. & Cassan. in catalog. glor. mund. 10. parte cõsidera. 30. col. pen. plene* Ias. *in l. 1. colum. 2. ff. de legi. & Iuli. Clarus in praxi crimi. §. fi. quæs. 60. n. 26.*

Cumq; tot adsint causæ & concurrant in hoc accusato, cum quælibet earum sufficeret, & à fortiori simul iunctæ clarissimũ iudico, omnino pœnam ordinariam ei non imponendam, & † cum ab ordinaria pœna sit recedendum, ex causa illa extraordinaria imponenda nõ debet esse corporalis, *secundum Gram. decis. 23. n. 13. & decis. 8. n. 9. & 10. & in cons. 39. vbi alios allegat, & iterum in voto 23 n. 20. & nos diximus in l. 17. tit. 6. n. 2. li. 3. recop.* præmaxime contra nobilem, & pacificum hominem, in quem omnes debent esse misericordes, cum pacifici terram possideant, præ † oculis habenda est misericordia, *secundũ Gram. d. deci. 23. n. 16. & 17.* Iudicium enim sine misericordia fiet ei, qui misericordiam non fecit, vt inquit tex. *in c. plerique, col. 3. 2. q. 7. & latius infra consi. sequen. n. 13 & 14.*

Neque supradictis obstabit † text. *in l. 14. titulo 26. libro 8. recopilat.* vbi dicitur disponi prohibendo iudicibus ne possint temperare, & moderare pœnas legum. Nam vltra quod lex illa loquatur & procedat circa pœnas pecuniarias per leges regias impositas contra facientes, & contrauenientes earum dispositionibus, in fraudem partis fisco Regio per dictas leges Regias applicatæ, & moderatæ per iudices fraudulenter, vt ex ea clarissime patet, ita vt cessante fraude lex illa nihil immutat quam iudices moderare ex iusta causa, ex expressis in iure possit dictas pœnas, vt ex fine ipsiusmet legis patet, ibi: *No puedan lleuar la dicha parte, en caso que se moderen*: ergo deficiente fraude moderatio locum habet: vltra hoc inquam nos loquimur quoad pœnas corporales & pecuniarias fisco non pertinentes, & sic lex illa circa hæc non loquitur, neque obstat nostro intentui.

Neque itidem obstabit † dictum illud Innocen. *in capitulo primo, de constitutio.* satis à iudicibus allegatum, licet male intellectum per eos, dicentis quod ob grauitatem criminis licitum est iura transgredi, in cuius propositum multa dicit Tho. Grammat. *decisi. Neapoli. 36. numero 3. & 4.* & communiter approbatum dicit Iul. Clarus, *in lib. 5. receptarum sententiarum, §. 1. numero 9.* tamen si bene inspiciatur, neque Innocen. illud voluit, vt inquit Clarus, *vbi supr.* imo neque illud tenet, sed contrarium potius, imo quod iustitia seruãda est, non vero iura transgredienda, dicens cõtrarium sibi non placere. Sed quia ex Doctorum errore id Inno. ibi attributum est, in casu in quo ipse hoc dixisset à Doctoribus pluribus relatis per Ias. *in §. si ex maleficiis, numer. 14. Inst. de actio.* & Hipol. *in pract. diligenter, n. 176.* & Auiles, *c. 1. per totum, fo. 38. n. 18. cũ 4. sequẽt.* id intelligitur procedere apud superiores iudices, non vero apud inferiores magistratus, qui ad vnguem tenentur iura seruare, & ita iurant in principio sui officii, & in hoc inquit Hipoly. *vbi supra*, quod multi iudices errant aliter facientes, imo & tunc ipsi superiores possunt illud dictum Innocentio attributum exequi, quoties probatum est delictum, non vero alias, *secundum eundem Hipolyt. in consilio 52. numero decimo sexto.*

Nam

Nā licet in punitione talis delicti liceret iura trāsgredi, nō tamē in forma procedendi, vt inquiunt, & bene, relati per Clarū *in d.n.9.* quidquid ipse ibidem aliud dicat vti in patria sua, & male: nam sine legitima & sufficienti probatione ad torturam vel condemnationē diffinitiuam nemo est condemnandus, aliter enim esset omnes dispositiones alterare, quod nulli alij, quam Regi licet iura derogare, & nos cum Francisco Personal *in locis supra citatis in consil. præcedenti, n. 63.* ita diximus & 44 illud Innocen. dictum declaramus: & † quod dicatur crimen attrocissimum declarat glos. *in l.22. tit.1.par.7.* & Iuli. Clarus, *d.n.9.* & sic † ex magnitudine delicti non conceditur executio, nisi in casibus à iure expressis, in quibus non licet appellare, *vt per Bossi. in practic. ti. de appellatio. n.25.* in omnique 46 causa licitum est à diffinitiua appellare, neque † est deneganda appellatio, *ex textu in cap. cum speciali, §. porro, & in cap. Romana, §. sin autem, de appellatio. in 6. & ibi Doctores. Capella Tolosa. & ibi additiona. in decisione 176.* nisi † in casibus vbi aliud de iure esset expressum, de quibus per *leg.16.tit.23. parti.3.* & per Rebuf. *in 1. tom. constitutio. Franci. tit. de senten. prouisio. in præfatione*, & cum gloss. & optime per D. Paz. *in pract. sua, 5. partis, 1. tom. c.3. §.12. n.126. cum sequentib*°, *fol.161.* vbi optime concludit esse omnino appellationi deferendum, etiam in criminalibus, nisi 48 vbi aliud de iure reperiatur statutum, & † quod l. 101. styli contrarium probans, non audet eius vsū approbare Couarruu. ibidem relatus, & bene: nam potius contrarium vsum videmus quotidie practicari. Ex quibus iuridice accusatus iste defendi potuit, ne ordinaria pœna puniretur, stantibus dictis causis, supra relatis, & tandē lis transactione fuit conclusa cum accusatoribus, & eis desistentibus in exilium & pœna pecuniaria accusatus condemnatus.

CONSILIVM XXII.

Referuntur nonnulla pro quodam homine excusando ex quo ei imputabatur quendam vxoratum interfecisse, vt melius coiret cum eius vxore, quæ consanguinea ipsius accusati intra quartū gradum erat, cum qua in vita ipsius mariti dicebatur concubinatum habere.

SVMMARIA.

1. *Actore non probante, reus etsi nihil præstiterit est absoluendus.*
2. *Probatio eo maior requiritur quanto in delicto venit imponenda pœna maior.*
3. *Consilium perspicacius est in criminalibus adhibendum.*
4. *Probationes in criminalibus debent concludere & luce meridiana esse clariores, nec per mendicata suffragia est procedendum.*
5. *Nocentem sanctius impunitum relinquere, quam innocentem damnare.*
6. *Innocentem absolui publice interest.*
7. *Arbitrium debet regulari, secundum ius. Vbi de arbitrio alia.*
8. *Iudex debet proferre sententiam secundum allegatā & probata, non vero secundum conscientiam suam.*
9. *Legi facit magnam iniuriam, qui vult videri legē prudentior.*
10. *Iudices duos debent habere sales & quales.*
11. *Iudices in condemnationibus faciendis quid debeant attendere.*
12. *Iustitiæ Zelo non debet aliquid fieri, nisi iudicium rationis subsit.*
13. *Iudices maxime crudelitatem abhorrere debent & misericordiam sequi.*
14. *Reprehendi melius est de misericordia, quam de seueritate.*
15. *Delinquens ex quibus coniecturandus sit.*
16. *Minæ an & quando faciunt indicium ad torturam.*
17. *Inimicitia sola etiam capitalis an faciat indicium ad torturam.*
18. *Incestus inter consanguineos, an & quando præsumatur & probetur.*
19. *Sermones illi sunt veriores qui cum rebus sensatis concordant.*
20. *Consuetum est attendendum, & de raro contingentibus non curatur.*
21. *Experientia est rerum magistra, & ideo sequenda.*
22. *Veritas melius inuenitur per plures.*
23. *Dictum occisi vel vulnerati an probet. Testis nemo esse potest in sua causa, ibidem.*
24. *Vis maior non debet esse in referente quam in relato.*
25. *Testis dicens, dico prout dixi, in tali mea depositione, si in ea nihil dictū inueniatur, non probat.*
26. *Fama quomodo probanda.*
27. *Diffamatio etiam ad inquirendum à quibus personis debeat procedere.*
28. *Fama orta post captam iam informationem nihil prodest.*
29. *Fama sola nihil prodest. & nu.30. Quod sæpe fallit.*
31. *Testis varius vel falsus nullam facit fidem.*
32. *Testis varius punitur.*
33. *Vxor testificans in fauorem mariti nullam facit fidē.*
34. *Iniuria facta consanguineo, consorti vel officiali meō mihi facta censetur.*
35. *Vxor in accusatione mortis mariti cæteris præfertur.*
36. *Testis patiens plures defectus nullam fidem facit, etiam in ijs, quæ sunt difficilis probationis.*
37. *Sanguis animalis rationalis differt à sanguine irrationalis, & in quo.*
38. *Indicium remotum à delicto duobus testibus est probandum.*
39. *Testes deponentes de suspicione vel crudelitate nullam faciunt fidem, & n.57. limitatio ponitur.*
40. *Adulterium etiam cum incestu an puniatur ad instantiam alicuius, præter maritum, & processus aliter factus, an valeat.*
41. *Comminationes à iudicibus factæ an valeant.*
42. *Fugere volens à carcere an ex hoc solum puniatur.*
43. *Probationes imperfectæ in suo esse, & non legitimæ ad probandum non coniunguntur.*
44. *Testis vnus quando alij sunt defectuosi non supplet defectum alterius.*
45. *Amicitia vel consanguinitas excludunt omnem sinistram præsumptionem.*
46. *Consanguineus causam consanguinei suammet reputat.*

QVidam Ferdinandus accusatus fuit, quod occidisset quendam hominem vxoratum, cum quadam consanguinea eius, intra quartum gradum ipsius Ferdinandi, vt ipse Ferdinandus securius posset cum ea concumbere, cum qua aderat rumor carnalem copulam contraxisse, multoties incestum cum ea committendo & insuper adulterium: & cum formatus esset processus, allatus mihi fuit, & visis actibus, & probationibus (prout vidi) pro ipso Ferdinando accusato de iure allegarem, & cum processum vidissem, sequentia in sui fauorem allegaui, quibus ab instantia iudicii fuit absolutus, tum cū comminatione quod cum illa, neque in publico, neque in secreto tractaret, alias quod dictus Ferdinandus haberetur, vt conuictus de incestu, & iudicem in hunc modum de iure informaui.

Primo ex eo quod esset regula iuris, quod nullus absque legitima probatione condemnandus est, & actore † non probante reus, etiam si nihil praestiterit, absoluendus, *vt est vulgaris lex, actor quod asseuerat, C. de probatio.* quae quidem lex de legitima probatione intelligitur, ex relatis per Anton. Gom. *tom. 3. variar. capit. 13. numero 28.* & est etiam text. *in leg. qui accusare, Codic. de edendo, & in cap. vni. vt Ecclesiastica beneficia sine dim. confer. leg. 39. titul. 2. partit. 3. leg. 1. titul. 14. eadem tertia part.* & tanto concludentior & † grauior debet esse probatio ac plenior, quanto maior deberet esse poena pro delicto tali, si probaretur, imponenda; vt inquit Consul. *in leg. sciant cuncti, Codic. de probatio. canonizata in capit. sciant cuncti, 2. quaestione 8. in & can. Epiphaniam, 5. quaestione 6. & in leg. qui sententiam, Codic. de poenis, & leg. additos, ff. de appellatio. tradit Anton. Gom. tom. 3. variar. capit. 12. numero 25.* eo † quod in criminalibus perspicacius est consilium adhibendum, ibi enim malus periculum & detrimentum vertitur, *argumento dict. leg. additos,* & ideo ibidem cautius agendum & procedendum est, *ex capit. vbi periculum, de electione, in 6.* In † criminalibus non debemus ire per mendicata suffragia, *secundum Bal. in leg. singuli. Codic. de probatio.* sed per probationes luce meridiana clariores, vt inquiunt dicta iura, & singularis lex 12. *titul. 14. partit. 3.* & sic satius & sanctius † est nocentem impunitum relinquere, quam innocentem punire, *ex tex. in leg. absentem, ff. de poenis, & in dict. leg. 12. & pluribus relatis per Hipolyt. in practi. §. opportune, numero 7. notat Anton. Gom. dict. capit. 12. num. 25.* adeo vt impunitas concedatur socio delinquenti propter personam socii, qui non deliquit, & propter socium delinquentem veniebat alius puniendus, *secundum Bar. in leg. Arbeius, §. de opere, ff. de aqua plu. arcen. quem & alios refert Menoch. de recuperand. possess. remedio primo, numero 378.* Publicè † enim interest innocentem absolui; *vt per Tiberi. Decia. consilio 96. numero 55. volumi. 3. & ex leg. seruum quoque, §. publice, ff. de procurator.* Et sic quamuis probationes sint arbitrariae, arbitrium tamen ipsum debet regulari secundum iuris dispositionem: arbitrium † enim, discretio & conscientia debent esse iuri & aequitati consona, alias robore proculdubio carerent, *secundum Roman. consilio 376. incipien. quaestio est nunquid, column. penulti. & consilio 451. incipien. quaedam mulier.* habensque potestatem disponendi, secundum arbitrium, discretionem ac conscientiam; nequaquam debet sequi proprium arbitrium, vel propriam discretionem, aut conscientiam; sed publicam, quae est regulata, & reformata secundum leges & canones, & illa dicitur conscientia publica, scilicet, conscientia legis, & canonis, tex. est insignis iuncta gloss. *in capit. iudicet. 3. quaest. 7.* & Bal. *in leg. 1. Codic. qui accus. non poss.* ideoque dixit idem Bal. *in leg. fin. Codi. de poena iudi. qui male. iudi.* iudicem debere sequi regulas legum, & non conscientiam suam legibus aduersantem, determinando † causam secundum allegata & probata & non aliter, *vt in leg. illicitas, §. veritas, & ibi Doctores, ff. de offic. praesid. & Couarruu. lib. 1. vari. capit. 1. numero 1. & seq.* Iudicium enim hominis sequentis suum sensum, & suam phantasiam, siue suam praesumptam aequitatem, fallit & fallitur, *cap. à nobis, 2. de sent. excom.* Vnde magnam † facit iniuriam legi, qui vult videri lege prudentior, *in authent. de iudicibus, §. oportet, collatione 6. per Bal. in leg. 2. Codic. de sent. ex breui. recit. & in capit. 1. de offic. ordi.* & ipsemet Bal. *in dict.*

10 *in dict. leg. 2.* quod † in iudice debent esse duo sales, *cap. cum contingat, de rescrip.* scilicet, sal sapientiæ, vt intellectus legum & canonum, alias est insipida; & sal securæ conscientiæ, alias est diabolica, *capit. cum æterni, de re iudic.* Tunc enim iudex rectam & veram habet conscientiam, si est bene instructa sale iurium, & secundum bonos & probos mores reformata, vt confirmat idem Bal. *in leg. 2. not. 4. Codic. de fideicommiss.* latissime Hipolyt. *in practic. §. diligenter, numero 23. cum 3. sequentibus, & Paulus Grilland. in tractat. de quæstio. & tortura, versiculo, tertio quæro, num. 17. & Gandi. de malefic. titul. de quæstio. versiculo, sed quæro & qualia.* Et sic † 11 iudices non debent ex capite iudicare, quamlibet probationem, vt plenam & iuridicam, quæ talis non est de iure: neque grauitas delicti, neque zelum inconsideratum, vel ambitio apparendi & monstrandi se rigorosos, debent iudices mouere, vt excedant terminos iuris, & iustitiæ. Non enim eos excusabit dicere iustitiæ zelo se mouisse: nam vt inquit Abb. *in cap. cum in iuuentute, de purga. cani.* non † debet aliquid fieri ex zelo 12 iustitiæ, nisi subsit iudicium rationis, vt & inquit gloss. magna, *columna fin. in principio, l. 4. tit. 29. part. 7.* & nos retulimus *in l. 3. tit. 13. lib. 2. recopila. Regia,* maxime vbi, vt dictum est, ita publicus fauor versatur in absoluendo innocentem, sicut versatur 13 in condemnando nocentem, & quod † in iudicibus crudelitas abhorrenda est & misericordia sequenda: nam vt inquit text. *in cap. quia plerunque, in §. ijs ita. 2. quæst 7.* qui putant misericordiam negandam esse peccantibus, & de iustitia sua præsumunt à Domino percussi, intereunt, nec misericordiam cum iustitia substinebunt, qui nequeunt facere misericordiam delinquentibus, vt refert Gram. *decis. Neapo. 6. numero fi.* vbi cum præcedentibus alia dicit, & sic inquit Abb. *in capit. 2. de* 14 *regul. iur.* quod † melius est reprehendi de misericordia, quam de seueritate, refert Tiraquel. *de pœnis temper. causa. 24. numero 2.* Ex quo contra crudeles inuehit ipsemet Grammati. *decis. Neapol. 56. numero 17.* Et hæc præmaxime seruanda sunt, vbi non adest concludens probatio, & per consequens cum hic deficiat probatio, regulata ad terminos iuris, reus etiam si nihil præstiterit, absoluendus est.

Secundo, quoniam in præsenti processu nulla causa originalis adest, ex qua colligi possit, dictum Ferdinandum accusatum mouere se posse ad committendum dictum delictum & homici-15 dium, † de iure ad coniecturandum quis fuerit delinquens, coniecturari debet ex personis, ex causis, ex pecuniis, odio, vel inimicitia, & similibus, *vt inquit Andr. de Isernia relatus per Capici. decis. Neapol. 130. num. 14.* Omnia tamen hæc in præsentiarum deficiunt, eo quod occisus & accusatus erant consanguinei, erant amici sese inuicem contractantes mutuo amore & amicitia, quæ quidem nihil mali suspicari permitunt, vt infra dicemus: Igitur accusatus est omnino absoluendus, præmaxime cum probatum non appareat de inimicitia, neque minis, neque quod accusatus esset homo iracundus, & quod minas exequi solebret, prout de iure requirebatur probari. Nam † 16 minæ, neque indicium faciunt ad torturam, nisi sunt factæ ab homine solito minas exequi, *vt per Franc Brun. de ind. & tortu. versic. circa tertium, in 1. par. n. 33. p. 43. in paruis, & communem testatur Clarus, lib. 5. sent. quæst. 21. num. 37. & Emanuel Suarez in suis recep. sent. verbo, mina, & optime per Mascar. in 2. tom. de probatio. conclus. 1091. nu. 12. cum sequentibus.* Sola † 17 enim inimicitia etiam capitalis non sufficeret, prout communẽ testatur Anto. Go. *tom. 3. varia. cap. 13. n. 11. & Gram consi. crimi. 3. num. 16 & Carreri. in practic. crimin. fol 90. numero 118.* & communiorem testatur idem Gram. *voto 30 n. 10. & voto 34. num. 7. & Plotus in repetitione, l. si quando, num. 880.* & itidem nulla alia adest causa simile homicidium imputandi huic Ferdinando, & ꝙ de incestu Ferdinandi cum vxore talis occisi, nulla adest probatio, eo quod nullus est testis deponens de actu aliquo inhonesto, neq; sufficit fama allegata; imo † & si 18 viderentur aliquando soli in occulto, etiam non probatur incæstus. Nihil enim mali naturale fœdus suspicari permittit, ex tex. & ibi notatis *in cap. cum in iuuentute, de præsumptio.* tradit Anton. Gom. *in leg. 80. Tauri, numero 16.* & sic *secundum eum, ibi,* maior probatio tunc requiritur, quam requireretur contra illos qui nõ essent consanguinei Ex quo deducitur, hanc caussam non esse probatã ex sola fama, plenè nec semiplenè, nec præsumptiuè præsertim cum dato sed non concesso, quòd incæstus adesset probatus, non est hæc causa sufficiens præsumendi dictum Ferdinandum simile homicidium commisisse, neque perpetrasse, sed potius esset caussa suspicandi contrarium: nam in qua mente, iudicio ac sensu cadere potest, quòd iniurians occidat iniuriatum, sed potius contrarium? præsertim cum hic Ferdinandus esset tunc temporis vxoratus, ita vt suspicari non poterat occidisse defunctum, vt contraheret matrimonium cum vxore eius, maximè cum esset consanguinea, & dispensatio requirebatur tam ex vi consanguinitatis, quàm ex eo, quod polluerat eam per adulterium, & sermones † sunt veriores, 19 qui concordant cum rebus sensatis, *secundũ Grammaticum decis. 28. num. 1.* & ad ea quæ communiter accidunt, iure adaptantur, *ex leg. nam ad ea, ff. de legib.* & † quod consuetum est inspiciendum venit, 20 non verò quod raro & quasi vnquam, etiam in excusando à delicto & ab illicitis, *secundum Cassan. in consuetudinib. Burgund. fol. 197. col. 3. num. 4.* Id enim videtur velle patremfamil. quod consuetus erat facere, *tex. in l. qui semisses, ff. de vsuru, & l. item Mela, ff. de alimen. & cibar. leg. ad hoc alleg. per Barb. consi. 20. col. 16. vol. 1. & consil. 26. col. 12. eodem volumine.* Et † id 21 quod experientia docet, tanquam rerum magistra, sequendum est, & vbi plurimi concordant, vt inquit Ioan. Damas. *Aphori. 26.* Et id quod ratio attestatur & experientia docet, ante oculos est ponendum: per † plures enim melius veritas 22 inuenitur, *secundum Dominicum relatum & sequutum per Tiraq. de pœnis temp. cau. 51. num. 64.* & integrum est iudicium, quod plurimorum sententiis confirmatur. Cõmuniter tamen videmus, iniuriantem nõ insequi iniuriatum, sed potius è contra:

tra: ergo præsumendum non est, Ferdinandum hunc accusatum, si forte adulterium cum incestu commisisset, velle insuper & homicidium perpetrare, cum esset contra commune votũ, & contra id quod consuetum est tale quid præsumere: Et sic deficiunt causæ originales ad præsumendũ dictum Ferdinandum simile delictum homicidii commisisse.

23 Neque † obstat dictũ & confessio ipsius occisi, dicentis, Ferdinandũ eum occidisse: tùm, quia nemo in causa sua potest esse testis & sibi proficere; *ex l. nullus, ff. de testib. & in l. omnibus, C. eodē ti. & in l. deferre, vbi Bart. ff. de iure fisci, Hipolyt. con. 2. n. 45. optime Crauet con. 99. n. 2. vol. 1. Ripa respon. 77. n. 7.* tum etiam, quia vt dicunt Bal. *in ti. de pace const. verbo vasallus*, & Oldral. relatus per Hipolyt. *in pract. §. restat. num. 11. & 12.* non omnes morientes semper in similibus causis dicunt verum, præsertim, si sunt homines loquaces, & mendaces, prout in processu extitit probatum, hunc defunctũ fuisse: tum etiam, quia communis est opinio, quòd confessio occisi nullũ indicium facit contra accusatum de homicidio, *secundum Antonium Gomez tomo 3. cap. 12. numero 16. & Clarum lib. 5. pract. §. fin. quæst. 21. numero 17.* Neque itidem probant testes dicentes sic audiuisse ab ipso defuncto:

24 nam † non debet esse maior vis in termino referente, quàm in eo ad quem fit relatio, sed potius eadem, *ex textu, in l. si prior maritus, 33. ff. soluto matrim. quem ad hoc allegat Ias. in l. qui sic stipulatur, fol. 78. ff. de verbo oblig.* relatumq; dicitur esse in referente verè & propriè cum omnibus suis qualitatibus, *vt per Craue. consilio 45. num. 4. & Maria Soci.*

25 *Iunior consilio 133. numero 3. volum. 1.* Et ideo † testis dicens, dico prout dixi in alia depositione, si ibi nihil est dictum, non probat, *secundum Felin. in cap. ex parte, n. 13. de rescrip. & eius additio in reperto. verbo testis, fol. mihi. 132. col. 2. in princip. & in specie tenet Decius consil. 82. num. 1. & Brunus in tracta. de indi. & tortu. 1. part. quæst. 3. num. 26. pag. 38. in paruis.* Et cum dictus Martinus occisus nullam fidē faciat, itidem neque faceret se referens ad illum, cum non possit esse maior vis in referente, quàm in relato.

26 Neque minus obstat fama † allegata quòd dictus Ferdinandus eum occiderit; quoniam vltra quod fama hæc processit à dicto ipsius defuncti, vt ex defectu apparebat, quo casu nulla probatio, indicium vel præsumptio ex ea resultat, & plures testes non declarant à quo audiuerunt, & licet omnia Bar. *in l. de minore, §. tormenta, ff. de quæst.* requisita non essent necessaria ad probandum famam, debent tamen declarare omnino testes, à quo sic audierunt, vt magis communem testatur Areti. relatus & sequutus per Iulium Clarum *lib. 5. pract. crim. §. fin. quæst. 6. num. 16.* vbi *nume. 17.* hoc ampliat, vt etiamsi testes non interrogentur de auditu, debent de eo deponere, vt sciatur an fama habuerit originem à fidedignis, vel non, vel ab inimicis vel ebriosis, & mendacibus, & male-

27 uolis. Debet † enim diffamatio procedere à probis viris constantibus, morum grauitate fidendis, nullo vitio, nullave alia circunstantia suspectis, ad inquirendum, *secundum tex. in can. qualiter & quando, 2. can. cum oporteat, de accusatio. can. iudicet, 3. quæst. 7. can. cum in cunctis, & ibi gloss. maledicorum, 11. quæst. 3.* Quamobrem famæ autores nominare oportet, vt sciatur, quæ personæ sint, & an possint reprobari, *leg. si quis decurio, Codic. de falsis, & in authen. hodie, Codic. de repudiis*, præsertim, cum † fama 28 recenter orta, quæ post capturam demum exoriri cœpit, nulla est, neque ipsum reum diffamat, potissimum in formatione celebrari cœpta, *secundum Bart. in leg. maritus, in frontispicio, & in §. tormenta, versi. quæro ex quo tempore, ff. de quæstio. Bald. & Imola in leg. is potest. ff. de acqui. hæred.* Vltra hoc enim fama † sola nihil efficit, neque aliquid operatur, 29 *ex gloss. celebri. verbo illorum, in cap. veniens, 1. & ibi, omnibus, de testib. communis secundũ Clarum vbi sup. quæst. 21. nu. 1.* maximè si bona fama accusati probaretur, vt communem ait ipsemet Clarus *vbi sup. q. 60. numero 26.* & sic in præsenti nulla adest fama probata, sed potius est vana vox populi, & fama † 30 fallax & mendax, prout quasi semper est, vt scribit Tertulianus *in Apologia, cap. 7.* cui accedit Diuus Hieronymus ad Rufinum, inquiens, *multum in vtranque partem crebrò fama mentitur, & tàm de bonis mala quàm de malis bona falsorum ora concelebrant:* quod & satis fulcitur illa Virgilii Ecloga 6.

Quid loquar, aut Scillam Nisi, quam fama sequuta est,
Candida succinctam latrantibus inguina monstris.

Et idem Virgilius in Authum.

Hæc est mendosæ vulgata licentia famæ.

Et iterum in 4. lib. Æneidos velox malum vocat famam, dicens:

Fama malum, quo non aliud velocius vllum,
Mobilitate viget, viresq; acquirit eundo.

Si igitur fama mendax est, & fallax & velox malum, nihil est famæ fidendum, præsertim ortæ ab ipsamet iniuriata mēdace & fallace, prout probatur defunctum hũc fuisse, de qua quidem fama diximus etiam sup. *consil. 28.*

Et per consequens nihil etiam nocet dictũ vxoris ipsius defuncti ex multis rationibus. Prima, quoniam inquit, se audiuisse à suo marito, quòd dictus Ferdinand⁹ illũ occiderat. Secunda, quia variat in suo dicto, & contraria dicit, eo quòd in principio sui dicti inquit, quòd dictus Ferdinandus in nocte Sabbati mortem præcedentis fuit in domo cum eis, & quòd non ascendit domum, neque maritus suus eum vidit, neque dixit maritus vxori huic, quis esset ille, qui cũ eo loquebatur, & statim inquit, quòd erat dictus Ferdinandus, & quòd ascendit domum & ignē & loquu-

loquutus fuit cum ambobus, scilicet, cũ hac muliere, & cum dicto suo marito occiso; quod est magna contrarietas & varietas, & † testis varius vel falsus nullam fidem facit, *ex tex. in l. qui falso, vel variè, ff. de falsis, tradit. Hipol. consi. 78 num. 1. & consi.* 88. *num. 3. Capitius decis. Neapol. 142. nu. 2.* imo † potius puniri deberet talis testis, *secundum Abba. & Felin. in c. cum in tua, num. 1. de testibus Siman. de institu. Cathol. tit. 64. nu. 52.*

31 32

33 Tertia ratio, quoniam † vxor testificans in fauorem mariti, qui tunc viuus erat, nullam fidem facit. *secun. glo. in l. sed & si quis, §. praetereà, ff. si quis caution. tex. in l. 15. ti. 16. par. 3. & Mascar. 3. tom. de probat. concl.* fi. eo quod ambo sunt vna caro, *vt Genes. 1. erunt duo in carne vna, c. gaudemus, de diuor.* & quia omnis qui habet affectionem ad rem non potest pro ea testificari; *secun. Bar. in l. deferre. ff. de iure fisci, Tiraq. de retract. lignag. §. 1. glos. 14. nu. 51. Ripa respon.* 34 72. *num. 5.* Etenim † iniuria facta consanguineo, consorti vel officiali meo, mihi censetur facta, *secun. Cassan. in consue. Burgun. Rubri. 1. num. 7. verbo. lá mande. num. 42. & Menoch. de arb. iudi. lib. 3. casu 262. & diximus in nostra Curia Pisan.* & ex hoc testis consanguineus repellitur tanquam pars, *secundum Clarum in d. §. fin. q. 24. num. 12. & Grammat. decis. Neapoli. 25. & Boer. alios allegando decis. 219. num. 1. & 2.*

Quarta ratio est, quoniam dicta vxor defuncti tunc formalis pars, eo quod illi soli competit ius 35 accusandi, prout accusat, & † illa in hoc omnibus alijs praefertur, vt constat, *ex l. 14. titulo 8 parti. 7. per argumentum ab ordine literae, & tenet Ant. Gom. tomo 3. variarum, capite 1 n. 32.* adeo vt transactione facta ab vxore occisi nullus alius propinquorũ admittitur ad accusandũ pro suo particulari interesse, *secundum glos. magnam, l. 22. ti. 1. par. 7. & Menes. in l. transigere, n. 25. C. de transactio. vbi alios allegat, & diximus sup. consi. praecedenti, num. 6. cum sequent.* Ex quibus nullum indicium, nullam ve fidem ac praesumptionem facit vxor haec; praesertim cum tot pa- 36 tiatur obiectus, & † testis plures patiens defectus nullam fidẽ facit, etiam in delictis difficilis probationis, *secundum Hipolyt. consi 102. nu. 12. & Roland. à Valle consi. 16 num. 20. & 21. vol. 1. & Menoch. de arbit. lib. 2. cent. 1. casu 99. num. 7. & Cassan. in consuetud. Burgun. tit. de iustices, rubr. 1. §. 1. versic. additio. num. 175. fol. 59.* & sic in totum repellitur, *secundum Hipolyt. singulari 385. relatum per Mexiam in l. de Toledo in 4. fundamento 1. partis. n. 27.*

Minus etiam obstat dicere, quod in Bombice alũd dict. Ferdinandi repertus fuit sanguis: quoniam in processu extat liquidatum, sanguinem hunc esse cuiusdam animalis irrationalis mortui ipsius Ferdinandi, quod quidem cum ad domũ eius traheretur, & in quodã imponeretur equo, ipse Ferdinandus existens iuxta carnem mortuã casu tinxit manicam Bombicis alui cum san- 37 guine ipsius mortui animalis: Item † quia relatum est per Medicum Chirurgum quendam, ꝙ si ille sanguis in bombice existens esset hominis & animalis rationalis, si lauaretur magis se tingeretur, si vero irrationis in totum diluebatur, & facta hac experiẽtia in totum fuit sanguis ille dilutus, & bombex à sanguine in totum mundatus, & sic quod non erat sanguis humanus, sed animalis irrationalis, & vidi testes de hoc in processu, & experientiam ibidem factam, & sic assertum fuit per eos; & in similibus credendum est peritis in arte; vt supra dictum est, & est iuris brocardicum, & per consequens nihil hoc obstaculum nocuit.

Sicut neque nocuit illud, quod contra Ferdinandum allegabatur, scilicet, quod d. Ferdinandus vna nocte, antequam delictum accideret cum puero quodam vocauerat occisum ad loquendum cum eo: quoniam puer ipse contrarium asserit, neque itidem adest testis aliquis, qui viderit (vt male in contrarium allegatur) ipsum Ferdinãdum loquẽtem cum vxore defuncti in quadam domo vna die ante delictũ commissum, & quanquam ibidem ipsa vxor videretur, nihil officit d. Ferdinando, eo quod ex processu apparet ipsam vxorem ibidem multoties solere cum quibusdam puellis suis ire ad laborandũ, & sic tunc ad illud met est praesumendum iuisse: quoniam ex consuetis est interpretatio sumenda, ita vt iam supra remanet dictum, & vnus testis dicẽs vidisse ibidem ipsum Ferdinandum loquutum fuisse cum vxore occisi, est solus, & deponit de praeteritis ante diebus; & non de proximo die delicti, & itidem omnia haec remota sunt ab ipso principali maleficio. quo † casu vt indicium aliquod ex eis induceretur duobus testibus contestibus sunt probanda, neque vnus aliquid probat, *secundum glos. in l. fin. C. famil. ercisc. & glos. o seyendo, l. 3, tit. 30. par. 7.* Neque est praesumendum, quod loquerentur de delicto aliquo perpetrando, sed potius contrarium, vt infra dicemus, & † testes omnes partis accusantis deponunt de credulitate & suspicione; qui quidem nullam fidem faciunt, *secundum glos. & Doctores in l. testium, C. de testibus.* 38 39

Minus etiam obstat id quod fortiter allegatur contra dictum Ferdinandum, scilicet, quod per sententiam monitus erat, dum de incestu cum vxore defuncti accusaretur, ne in secreto aut publico tractaret, ac conuersaretur cum ea; aliter enim quod de incestu remaneret conuictus: quoniam vltra quod processus hic, & sententia nihil valuerunt, ex eo quod adulterium resultat, quo † casu *ex l. 3. ti. 7. lib. 7. fori*, nullus alius quam maritus poterat de eo tractare, vt consuetudine obtenta est lex illa fori, *secundum glo. que mados, in l. 15. ti. 17. parti. 7.* adeo, vt neq; incidẽter liceret de hoc etiam per inquisitionem inquirere, *secund. Anto. Gom. in l. 80. Taur. nu. 32. & Menes. in d. l transigere, nu. 92. de transact. & alibi diximus.* Vltra hoc ex processu constiuit, nullam adfuisse de incestu probationem, & quod sentẽtia illa potius fuit comminatio, *ex ti. C. comminatio, vel epislo. & l. 22. tit. 22. par. 3.* & † sic nihil comminatio probationis de incestu inducit, neque valet, *vt per glos. amenaça, in d. l. 22. & Hipol. in pract. §. secunda, num. 79.* praesertim vbi non constat aliquam iuris cognitionem praecessisse, & sic poenam non incurri, neque exigi posse testatur Boniẹ. consuetu. Gandi. *de malefi. tit. de multis quaest. dependent. ab statutis, num. 34. pag.* 295. 40 41

295. cum seq. in paruis, & Montal. in l. 1. glos. 2. tit. 2. lib. 2. fori. Et quia etiamsi absq; veri præiudicio ista aliquid vrgerent pro probando incæstu, nihil tamen vrgent pro delicto committendo, de quo nunc accusatur Ferdinandus iste, quandoquidem nulla adest de eo probatio, neq; probat hoc esse q̃ ab hoc cōtingit abesse, neq; ex diuersis est inferendum, neque censendum est, vt supra diximus, ex incæstu velle Ferdinandum homicidium committere.

Neq; itidē resultat indiciū, ex eo, q̃ reperiunt in carcere, vbi Ferdinandus extabat incarceratus, signa quædā in pariete, per q̃ videbatur voluisse carcerē rumpere & fugere: quoniam vltra q̃ non probatur se illa fecisse, neq; præparamenta ad hoc habuisse, & iā q̃ absq; veri præiudicio id probaret 42 quandoquidem † nō fugit, non potest ob hoc puniri, *secundum Clarum in pract. §. fi. q. 21. num. 27. in fi.* neq; ex hoc resultat aliquod delicti indicium ob quod non est accusatus.

Ex quibus omnibus sequitur quod nulla adest probatio contra dictū Ferdinandū, quādoquidē null⁹ adest testis de visu, nullaq; adest probata fama, non adsunt indicia delicto propinqua, neq; itidē remota, neq; tractus, aut conuersatio carnalis cum vxore defuncti, nulla adest causa homicidij suspicandi, sed potius in contrarium. Et 43 cum † quælibet probatio in contrarium facta non sit legitima, neq; perfecta in suo esse, non sunt tales probationes iungendæ vt aliquid probent, vt cōmunis est de iure opinio, teste Antonio Gom. *tō. 3. var. cap. 12. n. 26.* & Hipol. *consil. 88. n. 28.* & Soci. Iun. *consi. 39. n. 47. volū. 2.* vbi dicit ita Doctores tenere *in repetitione l. admonendi. ff. de iureiiur. vbi Ripa. n. 205. & Mascard. de probatio. 3. tomo, concl. 1224. n. 33. cū sequentib. & Menoch. de præsumptio. lib. 1. q 46.* & melius omniū ita vt vix nihil addi possit Ant. Gabr. *in conclusionibus suis, titu. 1. de probation. conclu. 1. per totū*, præmaxime, qū testes sunt defectuosi & depo-44 nentes de differentib. actibus: quoniā † tunc vn⁹ testis non supplet defectum alterius, *secundū Crauet. consi. 281. n. 26.* Et cum in præsenti nihil sit probatum contra dictum Ferdinandum, absoluendus est præcise, etiamsi ipse Ferdinandus nihil pro sua defensione probasset, & præsertim cum ex parte sua plura vrgeant pro eius probanda intentione, vt apparet ex sequen. rationibus.

45 Primum adest † amicitia & consanguinitas dicti occisi cum dicto Ferdinando, q̃ excludunt omnem sinistrā suspicionē; amici. n. agnatis cariores sunt, vt apparet ex Iustino *lib. 5.* relato per Tiraquel. *de pœnis temper. causa 22. n. 44.* vbi per totam illam quā plura de amicitia refert, & amicus vocatur alter ego, & amicis idem velle, & idem nolle esse debet, iux. illud Poetæ:

Flet si lacrymas conspexit amici,
Et iterum, si dixerit, æstuo, sudat.

De quibus & nos aliqua retulimus *in l. 34. tit. 6. lib. 3. recopil. n. 3. cum sequen.* & † consanguineus suam-46 met causam reputat consanguinei sui, *vt aperte colligitur in l. 1. §. item diuus, ff. ad l. Cornel. de sicari*, & sic iniuria facta vni consanguineo, omnib. alijs eius 47 cōsanguineis facta censetur, & in causa † iniuriatorum consanguinei iniuriati non sunt idonei testes, vt omnia hæc & alia refert Tiraq. *de pœnis temperan. causa 51. n. 66. cum sequen. aliquib.* qui *& in causa 20. nu. 7.* inquit optimè, quod assertio naturalis consanguinitatis nos monet, ac veluti vrget, & impellit, inuitosque propemodum contrahit, vt consanguineorum saluti, idest, nostro sanguini consulamus: præsumuntur † enim consangui-48 nei & affines non omissuri defensionem consanguinei sui, *l. hac autem, §. primo ff. ex quib. cau. in possessionem ea. notat Alcia. de præsumptio. regu. 1. 1. præsumptio. 22. numero 4.* Ex quo sequitur, quod dictus Ferdinādus habet præsumptionem iuris pro se, vt non præsumatur se tale quid fecisse causa. n. affectionis tollit suspicionem malam, *l. non solum, §. de vno. ff. de ritu nup. l. fi. C. vbi pupil. educa. debe.* ratioque † sanguinis & coniunctionis tol-49 lit præsumptionem inferendæ iniuriæ, *l. vestem. ff. de iniuriis*, vsq; ad septimum gradum, *vt probat. glos. in l. vt vim, ff. de iust. & iur.* Et hæc præsumptio tanquam naturalis & nobilis, quia exclusiua delicti excludit omnem aliam in contrarium, si quæ ex processu resultare poterat, contra dictum Ferdinandum, quoniam † vbi duæ concurrunt præ-50 sumptiones, quarum vna exclusiua est delicti, & alia inclusiua, semper exclusiua attenditur, *secundum Roman. consi. 68.* Semper enim attenditur via vt excludatur delictum, *secundum Bart. in l. non solū, §. sed vt probari, ff. de noui operis nun. Grammat. decis. 18. n. 5. & Menoch. de arbitrar. centuria 5. casu 472. & alibi latius diximus*, vnaq; † præsumptio tollit aliā, 51 *vt l. Diuus. ff. de in integrū resti. Mascard. tomo 3. de probatio. conclu. 1225.* etiam si præsumptio sit negatiua *secundum Brunum de indicijs, 1. par. q. 5. nu. 5.*

Secundo adest probata bona † fama dicti Fer-52 dinandi, quæ quidem tollit indicia, *secundum Hippolyt. consi. 65 n. 47. Socin. Iun. consi. 39. num. 2. cum sequentibus, volum. 2. & communem testatur Clarus. lib. 5 pract. crim. quæst. 60. nu. 23. in §. fi.* Estque dictus Ferdinandus ditior totius villæ vbi degit, neque est præsumendum velle iactare suum tot vigilijs & sudoribus adquisitum.

Tertio, quia cum, vt ex processu apparet, occisus erat homo delinquere solitus, & propter delicta fugitiuus, & plures habens inimicos, & malæ famæ, & ab ipsis inimicis potuit occidi, præsertim, quia cum probaretur solitum esse furari, præsumendum est ex causa etiam furādi esse percussum: ex † gestis etiam præteritæ vitæ præsen-53 tia metimur, *l. penul. §. fin. C. de agent. in rebus, lib. 12.* semelque malus semper talis præsumitur, & ex consultis arguimus, vt iam dictum est, & per consequens ab alio & non ab ipso Ferdinando præsumitur percussus.

Quarto, quia dictus Ferdinandus negatiuam sufficienter probauit, ex qua quidem negatiua delictum dictum apparet non fecisse neque potuisse facere dictum Ferdinandum: nam licet regulariter simplex negatiua videatur improbabilis, negatiua † tamen coarctata loco & tempore, 54 prout in processu apparet dictum Ferdinandum: coarctasse, *vt patet ex dictis per Baldum in l. actor,*

C. de

C. de probatio. & Alexan. *consi. 42. volum. 4. & in l. 1. ff. si certum pet. & Grammat. decis. Neapol. 56. num. 4. & per gloss. in l. 1. ff. de itine. actuque priua.* optime probat talis negatiua, *secundum Barba. consi. 43. col. 7. libro 1. & probatur ex l. optima in fine, C. de contraben emptio. & l. 32. tit. 11. par. 5. & l. 117. tit. 18. par. 3. Decius consi. 101. & 539.* quia talis probatio non vere negatiua, sed affirmatiua potius est, & testis deponens super ea est, ac si super affirmatiua deponeret, *secundum gloss. & vidisse, in authent. de here. & Falci. §. hinc nobis*, & Abbas optime *in cap. bonæ memoriæ, nu. 13. de electio.* inquit, quod quando negatiua habet restrictionem temporis vel loci, tunc potest probari per causam mediam, vt si Titius accusatur, quod secunda hora noctis interfecit Scium in platea, poterit probare, quod illa hora erat cum quibusdam amicis alio in loco, ita quod non potuit ibidem abesse, prout hic probatur per testes domesticos, & cum quibus stetit dictus Ferdinandus per totam illam noctem, & horam, 55 qua dicitur crimen commissum esse, quib. † quidem testibus probari potest, cum sit de rebus q̃ domi geruntur, *vt per Bern. Diaz. regu. 746. fallentia 4.* Et itidem † in fauorem rei admittuntur te- 56 stes, qui alias non admitterentur, *secundum Grammaticum decis. 56. n. 16.* imo & magis tunc ipsis testibus domesticis creditur quam alijs, *secundum Paulum Grilland. de hæreti. tit. de relax. carc. q. 3 num. 4. fol. 114. in paruis*, imo † & testes de credulitate admit- 57 tuntur pro reo, *secundum Decium consil. 459. nu. 8.* & sic vt ad primum redeamus, declaratur regula illa, quod magis creditur vni testi affirmanti, quã mille negantibus, vt non procedat quoties negatiua est coarctata, *secundum Ripam in cap. cum Ecclesia Sutrina. num. 86 de cau. possess. & proprie. & Ioan. Andr. in addition. in dict. cap. bonæ memoriæ.* Et sic hæc negatiuæ coarctatæ probatio elidebat quamlibet probationem, si quæ contra istum Ferdinan- 58 dum adesset: testes † enim verisimiliora deponentes, etiam super negatiua, veniunt præferendi, *secundum Barba. consil. 29. col. 13. & consi. 27. volum. 5. & consil. 54. col. 3. volum.* 1. etiam si testes ij. verosimiliora deponentes non essent idonei, *se-* 59 *cundum Angel. consi. 35. num. 7.* Testis tamen † tunc dicitur verosimiliora deponere quoties cum iure communi concordat, *secundum Deci. in cap. licet causam, nu. 9. de probatio. & Crauet. consil 75. nu. 24.* 60 sed † cum iure communi concordat testis, quoties deponit ad excludendum delictum, *secundum Barba. dicto consilio 29. colum. 16. volum. 1. & Deci. in cap. ex literis, num. 5. de probatio.* & sic inquit Grammatic. *decis. 103. nu. 79.* præferri testes deponentes ad exclusionem delicti, quia de iure præsumitur pro eo quod delictum excludit, *secundum eundem Grammati. decis. 56. num. 17.* & sic testes ij de negatiua coarctata præferendi essent, etiamsi alij testes adessent in contrarium, qui non adsunt.

Item & ex alio constat liberum deberi pronunciari dictum Ferdinandum, scilicet, quia quantumuis sciuit, contra eum iudicem informationem facere, non abscondit se, neque fugit cum posset, etiam postquam captus fuit & in 61 carcerem ductus, eo quod † qui male agit odit lucem, & non venit ad lucem, vt non arguantur opera eius, qui autem facit veritatem venit ad lucem, vt manifestentur opera eius, *vt Ioannis 3. cap.* & sic dicitur; *Heu quam difficile est crimen non prodere vultu?* Ex quibus constat præsumptiones & indicia, si quæ contra dictum Ferdinandum adessent, omnia dilui ijs fortioribus & melioribus rationibus præsumptionibus & probationibus per dictum Ferdinandum factis.

Præsertim, cum & vltra supra dicta ex processu constiterit vulnera dicti defuncti non fuisse mortalia, sed ex culpa sua mortem sibi obuenisse, & ex febri graui superuenienti: nam probatum extitit defunctum cum vxore sua dum curabatur à vulneribus, oscula & alia habuisse & dedisse. ex quibus vulnera sunt alterata & ex febri graui mortuum esse Medici asserunt, & sic † di- 62 ctus Ferdinandus etiam si probaretur contra eũ delictum, non teneretur de morte sed de vulnere, cum ex vulnere non decesserit, *vt per Capolam consil. crimina. 40. n. 18. & consi. 61. & Hipolyt. consilio 7. numero 28.* Nam si vulnus non est mortale ex sententia Medicorum & peritorum in arte, quorum dictis standum est, & nihilominus vulneratus perierit, præsumitur † quod non deces- 63 sit ex vulnere, *vt inquit tex. in cap. significasti, 2. de homicidio, §. & quidem, & ibi Abbas num. 3. & idem Abbas, & Doctores in ca. proposuisti, de probatio. Barto. & alij in l. 1. §. fi. ff. de verborum obligatio. Cepola consi. 61. per totum, Bart. in proœm. Digestorum. §. omnem, nu. 8. Matth. Afflict. in consti. reg. Siciliæ, in constitutione incipiente, terminum vitæ, quæstione 4. cum 5. sequentibus, late Hipolyt. in l. nihil interest, ff. ad legem Cornel. de sicariis, Feli. in cap. presbyteri, & in cap. significasti, 2. de homicidio.* Ex quo inquit Specul. *in titulo de probationib. §. nunc videndum*, relatus per Cæpol. *dicto consil 61. nu. 21. & 22.* † quod fecit exhumari quoddam. 64 corpus & cadauer cuiusdam vulnerati, vt constaret vulnera non fuisse lætalia, & vide Areti *consil. 20. Alex. & 1. §. fin. ff. de verborum obliga. & Alciat. ibi. num. 155. cum sequentib. Barba. d. cap. proposuisti. num. 21.* & Decius *nu.* 10. vbi ipse Decius inquit esse communem opinionem, hoc † casu vnum peritum 65 sufficere, sed vbi duo reperirẽtur tutius esse duos adhibere, *vt notatur in dicto c. proposuisti, & in l. 1. ff. de vent. inspic.* & an † declaratio eorum possit re- 66 tractari, tradit Iaso *in l. admonendi. nu. 39 ff. de iureiur. & Capola vbi sup.* & † discordantibus peritis, si 67 in numero & in peritia cæterisq; paria sunt benignius interpretatur, vt non sit lætale quoad pœnam corporalem, *secundum Baldum consilio 328. lib. 2. & Cuman. consil. 134. & Hipol. consi. 7. num. 59. Cassan. in consuetud. Burgund. Rubr. 1. §. 6. co. 174. Matth. Affli. latissime vbi supra* & sic crederem, quod si tandem non est mortuus moderabũtur expensæ factæ, eo quod ob excessum dilata fuit infirmitas, sicut † & imputaretur infirmo, si non adhibuit 68 Medicum peritũ, *secundũ gloss. adhibuit, l. quod si nolit, §. si mancipiũ, ff. de ædil. edict. quã sequuntur omnes ibi & Angel. in §. fi. Instit. de emptio. & vẽdit. & Anto. Gõ. tomo 3. var. cap. 3 nu. 28.* Ex quib. etiamsi probareẽ dictũ Ferdinandũ percussisse defunctum, nõ tenereẽ de morte, sed de vulnere: sed cũ satis excusatus ex di-

ctis remaneat, in nihilo tenetur; & sic iudiciali sententia fuit pronunciatum visis dictis per me in facti contingentia allegatis.

CONSILIVM XXX.

An successor capellaniæ vel alterius beneficij Ecclesiastici teneatur stare locationi à prædecessore factæ & demus in eis tacitam reconductionem.

SVMMARIA

1 *Locatio alicuius beneficij cessat per mortem beneficiati locantis, & n.2. assignatur ratio.*
3 *Successor an possit grauari in dignitate per prædecessorem, & quando.*
4 *Beneficiatus in rebus beneficij solum habet ius personale, non vero perpetuum.*
5 *Ius accipientis resoluitur, resoluto iure dantis.*
6 *Beneficiatus in rebus beneficij an dicatur proprietarius vel vsufructuarius. & nu. 15.*
7 *Locatio facta de bonis maioratus an successorem adstringat.*
8 *Locatio maioratus, aut capellaniæ fructuum, sicut non transit ad successores & quoad eos extinguitur, sic quoad conductores, vt non compellantur locationi stare.*
9 *Solutio anticipata nihil successori præiudicat. & numero.10.*
11 *Successor in maioratu, vel capellania non tenetur ad debita prædecessoris, neque restituere fructus, quos ipse prædecessor percepit.*
12 *Successor beneficij an teneatur soluere expensas antea per conductorem factas animo fruendi beneficio per totum locationis tempus. & n.13. an recuperabit eas conductor ab hæredibus locatoris, & nu.14. quid in nostra Hispania, in expensis funeralibus.*
16 *Successor singularis in profanis obligatur pro obseruantia contractus de re facti in qua successit.*
17 *Successor beneficij non tenetur stare locationi prædecessoris, licet redundet in Ecclesiæ beneficium.*
18 *Successor accipiendo pensionem locationis, an & quando dicatur eam approbasse. & num.19.*
20 *Ratihabitio est fictio.*
21 *Fictio requirit extrema habilia. & n.22. quod deficiente vno horum extremorum vitiatur actus.*
23 *Clausula rebus sic stantibus, intelligitur in omni dispositione.*
24 *Conditio tunc retrotrahitur ad tempus & diem stipulationis contractæ, quoties tempore existentis conditionis reperitur extremum habile.*
25 *Actus intermedius obuiat coniunctioni extremorum.*
26 *Ratihabitio tacita vel expressa nihil operatur in casu semel extincto, & numero 27. idem in actu nullo, & num. 28. vbi declaratur.*
27 *Locatio fructuum beneficiorum per quot tempus possit fieri & nu.29.*
29 *Remissiue aliqua de materia extrauaganti, idest, de rebus Ecclesiæ, de hoc agente.*
30 *Declarantur l. item quærit, §. qui impleto, ff. locati, & l 20. tit.8. par. 5. quoad reconductionem per taciturnitatem in eis introductam per lapsum trium dierum.*
31 *Recedendum non est à verbis legis.*
33 *Fundamento corruente omnia corruunt quæ inde sequuntur.*
33 *Reconductio non datur nisi ex ambarum partium consensu.*
34 *Præsumptio cessat cessante causa præsumptionis.*
35 *Intellectus l. emptorem C. locati, quo ad inducendam ex taciturnitate reconductionem.*
36 *Intellectus, §. qui impleto, l. item quærit, ff. locati, an locum habeat in locatione ad longum tempus.*
37 *Reconductio tacita an habeat locum quando in prima conductione fuit necessario scriptura requisita.*
38 *Successor beneficij an teneatur stare locationi à prædecessore facta, qui ex priuilegio post mortem tempus aliquod fructibus beneficij potiretur. & num 39. Quid quando fuit locatio facta authoritate Episcopi, interueniente causa iusta & rationabili.*
40 *Locatoris hæredes an teneantur de euictione.*
41 *Successor iurispatronatus an possit mutare institutum vel nominatum à prædecessore.*
42 *Patronus an & quando possit ad vacaturam præbendam præsentare.*

Lis fuit agitata inter conductores cuiusdam pascuæ, vulgo, dehessa, nuncupatæ; quã capellaniæ cuiusdam esse supponendum est, & capellanus quibusdam personis locauit defensam hanc pro nouem annis pro certa pensione quolibet illorum annorum soluenda ipsi capellano, in die S. Michaelis mensis Septembris, & elapsis iam sex annis, capellanus hic mortuus, & capellaniæ prouisus fuit per Episcop. alius clericus in capellanum, quem sic prouisum, & in possessionem missum conductores d. defensæ requisierunt extra iudicium, & in iudicio, quod elapso illo anno, qui iam inceperat currere requirebant eum quatenus defensam locaret alijs, eo quod ipsi eam ex nunc prout ex tunc derelinquebant.

Successor vero capellanus acceptauit hoc, dum tamen locationem esse finitam à die illo sancti Michaelis iam lapsi iudicaretur, neque teneretur pro anno illo, sicut neque pro sequentibus stare contractui locationis per mortem capellani prædecessoris cessantis: conductores vero replicabant quod cum capellanus successor tacuerit post diem sancti Michaelis per tres dies & plus, qd censeatur esse factam reconductionem pro anno illo, quod tamen capellanus successor negabat, ob quod quærebatur & dubitabatur quænam harum partium foueret iustitiam, & pro parte capellani successoris, cuius partes defendebam, sequentia allegaui, & in eius fauorem fuit decisum.

Primo, quoniam † communis & vera doctrina est, quam & conductorum pars non negabat, sed fatetur potius, quod morte prælati, clerici, aut cuiuslibet alterius beneficiati cessat & extinguitur ipso iure locatio rei beneficij, aut capellaniæ ab ipsis ante mortem facta, idque ex tex. in *cap. finali ne præla. vices suas*, probant gloss. Abbas & Doctores communiter *ibi*, & comprobatur ex singulari

lari *l. 9. ti. 17. par. 5.* & vltra DD. in locis ordinarijs probat optime Abb. *in quaest. suis, q. 3. dubio 5. nu. 16. & Rota noua 1. & 2. de locato*, & communem testatur Bar. Soci. *consi. 34. lib. 3.* quẽ, & alios cõmunem asserens refert Cou. *lib. 2. vari c. 15. nu. 6.* & Padilla *in l. vnum ex familia, §. si de falcidia, de legat. 2.* & nouissimè Moli. *de Hispa. prim. lib. 1. c. 21. num. 4. cum seq. aliq.* Ancha. optime *consil. 116.* qui omnes in quocunq; beneficiato locante bona, quorum ipse percipit fructus, commune votum Doctorum id esse asserunt, & Villalo. *in aerario. com. opin. lite. L. num. 197. cum seq.* & optime Greg. Lop. *in d. l. 9. & melius in l. 2. ti. 8. part. 5. ver. el heredero.* & Calderi. *consi. 7. de loca.* & Ange. *consi. 245.* & latissime per Guillel. de Redoan. *in tracta. de Reb. Eccles. non alie q. 5. an & quomodo ex alienatione teneatur successor, per totam, pag. 477. cum plurib. seq. p. 2. volu. 15. tract. diuersorum Doctorum*, & Gutie. *cano. quaestio. cap. 36. 1. par, per totum*, & Lassar. *de deci. vendi. c. 18. nu. 97. cum sequen.* Cuius communis assertio duae praecipuae rationes assignantur.

Prima est, quoniam cum non ab ipso praelato beneficiato vel capellano mortuo successor praelaturam, beneficium vel capellaniam acquirat, 2 sed ab Episcopo † conferente & collationem faciente, & sic ex persona propria *vt inquit Imola in d. c. fi. ne praela. vices suas*; & Cassa. *in consuetu. Burgun. Rubr. 8. §. 10. en toutes successions num. 3. fol. 359.* mirum non est quod non teneatur successor hic stare locationi praedecessoris, à quo ius non habet, idq; ex defectu potestatis praedecessoris procedit; suc- 3 cessor † enim in dignitate non potest grauari per praedecessorem in rebus proprijs, nisi consentiat, *vt notatur in c. licet, de voto, & Capicius decis. Neapol. 121. n. 14. & in ca. veniens, per tex. ibi, extra, de transactio.* & ratio rationis est; nam † praedecessor be- 4 neficij ius tantum personale habet in rebus beneficij, non vero ius perpetuum; omnis enim beneficiatus non habens administrationem cõtractus omnes, quos facit super re beneficij personaliter, non vero realiter eos facit, *secundum Cardinalem, in dicto ca. fi. ne praela. vices suas & glos. el heredero, in dicta l. 2. tit. 8. par. 5.* Igitur personam eius non egre- 5 diuntur: resoluto † enim iure dantis resoluitur ius accipientis, *l. vectigalium, cum similibus, ff. de pignorib.* & finito iure locatoris, finitur ius conductoris, *ex dicta l. & ex l. 2. §. sed & Marcellus, ff. de in diem adiectione.*

Secunda vero ratio principalior est, quoniam siue beneficiatum aequiparemus vsuario, siue quod 6 plus est, vsufructuario, proprietarium † tamen nemo eum constituit, *vt patet ex glos. & ibi Doctores in cap. quia nos, de testamen. & ex late dictis per Nauar. & Sarmien. in suis tractatibus, & Apologiis, de redditibus Eccl. & per Auenda. in responso 19. per totum.* Siue igitur beneficiatum aequiparemus vsuario, siue vsufructuario, morte eius finitur vsus, siue vsusfructus, *ex l. si quis domum, §. 1. ff. locati*: igitur & locatio rerum beneficij: quoniam libere illud locare non potuit, sed cum sua temporali qualitate, *vt inquit Bald. l. fi. §. sed quia num. 7. C. communia de leg.* Igitur nostra communis conclusio vera est.

Ex quibus rationibus per Doctores supra citatos, praesertim, per Grego. *in d. l. 2.* & per Padilla *in dicto §. si de Falcid.* & per Molin. *in dicto ca. 21.* assertum est, idem † esse in locatione facta bonorũ 7 maioratus, vt successorem non adstringat, etiamsi à primo maioratus successore, & ipsius fundatore facta sit; dum tamen eam faceret fundator ipse maioriae post constitutionem irreuocabilem ipsius maioratus, idemque tenet Spino *in suo speculo testamentorum, glos. 19. princip. num. 41. & 42.* & Gutierez *dicto c. 36. nu. 11.*

Quibus sic habitis ampliatur nostra communis conclusio: Primo modo, quod † idem quod 8 asseritur finitam, esse locationem respectu successoris illius, qui locauit, idem procedat respectu conductorum; vt scilicet, quemadmodum moriente beneficiato locante, non tenetur eius successor stare locationi, sic & eodem modo non tenentur conductores, vt aequalitas seruetur, quae in contractibus semper est obseruanda. Ita asserunt omnes supradicti, praesertim Couar. Padilla, & Molina, *vbi sup.* & Spino & Gutierez *vbi sup.*

Secundo ampliatur dicta cõmunis, vt † & an- 9 ticipata solutio nihil praeiudicare potest successori, *secundum Gigantem, de pensionibus, quaest. 88. num. 1. & Angel. consil. 245. num. 7. & probatur ex decreto 11. concil. Tridentini, sess. 25. de reforma.* neque † tenetur suc- 10 cessor hic soluere id quod datum est in anticipata solutione, *ex tex. in dicta l. 9. ti. 17. par. 1.* teneturque ad eandum summam soluendam successori, *secundum Ferret. consil. 151. & Redoanum vbi su. versic. sed si locatio, num. 20. pag. 479.* licet si haeredem reliquit praedecessor tenebitur successori restituere numos anticipatos successori; aliter enim si non adest haeres de se conquaetatur conductor, *vt inquit Redoan vbi sup. tit. de fruct. Eccles. alie. num. 11. & 12. pag. 407. & probatur ex l. 9. tit. 17. par. 1. & ibi glo. fi. vbi limitat.*

Tertio ampliatur, quod † neque successor hic 11 tenetur soluere debita praedecessoris, neque restituere fructus, quos praedecessor percepit, quia nihil iuris ab eo tenet, vt notatur *in l. 2. C. de repud. hered.* vbi filius familias non tenetur soluere debita paterna, si non possideat illa bona ex successione paterna, sed ex emptione, donatione, vel alio titulo singulari, quia nihil habet à patre. Sic neq; successor beneficij, prout plene disputat Lucas de Penna *in l. 2. col. 3. & sequen. C. de sun rei priua libro 11.* quem refert & sequitur Rebuf. *in concord Fran. Rubrica de manda. Apostol. §. declarantes, in glo. successores, pagi. 145.* & in successore maioratus late examinat Moli. *de Hispa. prim. lib. 1. cap. 10.*

Quarto & quod plus est, ampliatur dicta conclusio, scilicet, quod etiam si conductor in re cõducta plures expensas fecerit, quasi toto tempore locationis fruiturus, non tenebitur successor † 12 beneficij eas soluere, *ex tex. in dicta l. 9. tit. 17. part. 1.* notat Rebuf. *vbi sup.* prout in senatu fuisse conclusum ibidem asserit: quoniam cogitare debuit conductor euenire posse, vt ante finitam locationem moreretur locator ipse, cuiusq; morte resolueretur contractus: cuius rationis fundamento inquit Molina *in dicto c. 21. num. 9.* quod neque † ab 13 haeredibus locatoris recuperabit successor maioratus

te Ecclesiæ & beneficij facta sit in nouem annos ipso iure nulla fuit locatio hæc, ex tex. *in extrauag. 1. de reb. Eccl.* in nostro episcopatu vsitata & obseruata in iudicio & tex. hic resistit omnibus alienationibus rerum Ecclesiasticarũ vltra trienniũ factis, & cũ lex resistit, nulla neq; naturalis neq; ciuilis nascitur obligatio, ita vt † etiã si ille in cuius fauorẽ interdicitur alienatio, vellet, non posset talẽ alienationẽ, vel contractũ approbare, nisi de nouo per tẽpus permissũ illũ constitueret, *secũdum Tiraq. in legib. connubialib. glos. 8. n. 98.* neq; tractu tẽporis valere potest illud, ꝙ ab initio nõ valuit, *ex l. quod ab initio, ff. de regul. iur.* Tempore † tamen mortis beneficiati locãtis extincta fuit ipso iure obligatio locationis. Itẽ & tempore cõstitutionis eius, tanquã facta vltra trienniũ: igitur nõ solũ tacite approbari nõ potest, verũ neq; expresse, cũ & vltra hęc sit iuris regula, ꝙ ratũ quis habere nõ põt, ꝙ ipsius nomine nõ est gestũ. Et de illa extrauag. 1. de reb. Eccl. plura congerit Cou. *lib. 2. vari. c. 16. n. 3. cum seq.* & Auend. *c. 4. per tot. n. 34. lib. 1.* & Rebuf. *in cõpen. alie. rer. eccl.* & habemus motum propriũ Pii V. renouantis dictã extrauagã. & ampliantis etiamsi iuramentum intercedat.

Ex quib⁹ † sequit̃ cessare fundamẽta partis aduersę, *ex l. itẽ quæritur, §. impleto, de locatio. & l. 20. tit. 8. par. 5.* disponentib. ꝙ si quis impleto tẽpore cõductionis ab eo factæ, tacuerit per tres dies & nõ reclamarit, censetur reconduxisse pro anno sequẽti; quoniã, vt ex supradictis apparet, nulla potest adesse ratihabitio, & ratificatio præcedentis contractus etiam expressa: Nam vbi nulla adest conductio, neq; recõductio adesse põt, eo ꝙ deficit fundamentũ sub quo recõductio fundari potest: successor etenim non locauit, neq; conductor à successore ius habet: igitur reconductio dari non potest. Item, & secundo, tex. *in d. §. qui impleto,* loquitur, quotiescunq; impletũ est tẽpus cõductionis rerũ profanarũ, nos vero loquimur, quoties nõ est impletũ tẽpus locationis, sed est eius contractus extinctus in rebus Ecclesiasticis cõductis & locatis: igitur tex. ille nihil nobis obstat, cũ vltra casum in quo loquitur, vt infra dicemus, extẽdendus non sit. Itẽ & text. *in d. §. qui impleto,* loquitur respectu earundẽ personarum, locatoris, scilicet, & cõductoris, nos vero respectu diuersarũ personarum, scilicet, successoris in beneficio locato à prædecessore & conductoris eius: igitur text. ille nihil ad nos? Nam vt ibidẽ inquit glos. magna *allegata & sequuta per Alexan. consi. 76. n. 4. vol. 5.* non † est recedendũ à verbis illius tex. neq; ad alias personas extendendus, præsertim à profanis ad Ecclesiastica bona, in quibus Ecclesiasticis nõ dat̃ successio iure sanguinis, sicut datur in profanis. Item in diuersis personis cessat ratio illi⁹ tex. quoniã ibidẽ censetur factã esse recõductionem in annũ sequentem, quia non cẽsetur immutata voluntas, *secundum Alciatum, de præsumptio. regul. 2. præsumptio. 17.* In diuersis tamen personis, in quib. non possumus dare eandẽ voluntatem, cessat hęc ratio: & sic dispositio d. §. qui impleto, & similiũ iuriũ cessare debet in nostro casu: quoniam cessante ratione legis, cessat eius dispositio: eatenus enim lex procedit, quatenus ratio locum habet, *vt per Tiraquellum in cap. cũ cessante, de appellatio. per tex. ibi.* Item super eo, quod nullum est, nullum potest ædificari fundamentum, imo † fundamento corruente, & omnia q̃ super eo ædificare volunt homines, corruere necesse est, *ex l fin & eius materia. ff. de consti. pecun. l cum principalis, ff. de reg. iur.* Locatio tamen nulla fuit ipso iure tanquã facta vltra triẽnium. Item extincta fuit per mortem locantis: igitur nulla potuit adesse reconductio, neq; voluntas reconducendi. Item, & tunc † damus tacitam reconductionem, quoties ambæ partes volunt consentire contractui, vbi tamen altera illarum contradiceret, nulla potest adesse reconductio, *secundum Alexand. cõsi. 76. n. 6. & 7. lib. 5.* & ratio est manifesta nam lex in inducenda reconductione fundatur in præsumptione tacitæ voluntatis: sed vna partium contradicente. cessat hæc voluntas, *secundum Al. ia. de præsumptio. dicta præsumptio. 17. in fi.* & præsumptionis † causa cessante, cessat præsumptio, *secundum Tiraq. de causa cessante, nu. 200.* Igitur, & in nostro casu cessabit recõductio, eo quod conductoris voluntas manifesta est, volentis à conductione recedere.

Neque † obstabit l. emptorem C. locati, iuncta glos. vbi singularis successor per titulum emptionis non tenetur stare locationi, & tamen si tacuerit, censetur approbasse locationem: tum, quia lex hæc non probat locationem approbari per totum tempus residuum, sed per tempus illud, quo tacuit emptor, & recepit pensionẽ prout in nostro casu inquit dicta decisio Rotæ, *2. de loca.* & Moli. & Bellame. *vbi sup.* tum etiã, quia text. ille non designat tempus limitatum intra quod, si non contradicatur, censeatur locationis tempus approbatum: tum & melius, quoniam emptor est eadem persona cum venditore, & vtitur eius iure; & ideo nimirum, si demus recõductionem tacente emptore, quod secus est in hoc capellano, qui quidem in bonis capellaniæ non habet ius à capellano eius prædecessore. Ex quibus omnibus sequitur manifestissime, partem capellani succedentis in capellania fouere iustitiam, & sic sententia fuit declaratum.

Et an † dictus §. qui impleto, habeat locum in locatione ad longum tempus, Grego. Lop. *in d. l. 20.* inquit, quod sic, & cum eo Anto. Gom. *tom. 2. var. cap. 3. num. 15.* contra Alexan. & an † si prima locatio sit in scriptis facta, ita quod ex conuentione scriptura debeat interuenire, habeat locum tacita recõductio, Antonius Gomez *vbi supra n. 16. ad finem,* adhæret communi opinioni de iure ciuili habitæ, scilicet, non habere locum, Gregorius vero vbi supra, attenta generalitate legis Partitarum, inquit communem illam esse correctam: ego tamen veriorẽ credo esse cõmunem, quamuis in practica difficulter obtineri posset.

Vnum tamen est notãdum pro complemento prædictorum, ꝙ si ex priuilegio obtentũ esset, ꝙ † cleric⁹ vel religiosus posset per tẽpus aliquod post

post mortem suam duraturum locare res beneficij sui, vel Commendæ, prout Commendatoribus cruce signatis inquit sic esse priuilegio cōcessum Henri. Boic. *in dicto capite fin. ne præla. vices suas*, teneretur successor stare pro illo tempore locationi, vel † quotiescunque locatio esset facta authoritate & consensu Episcopi, ex causa tamen iusta & rationabili interposita, *secundum Cardinalem & Henriq. Boic. in dicto capite fin. & Calderin. consilio 7. de locato, & Angel. consilio 245. & Redoan. vbi supra, dicta quæstione 5. §. sed etsi locatio, num. 1. cum §. sequent. num. 9. pag. 479. & 480.* Et an † hæredes locatoris teneantur de euictione, vel quoties fructus vltimorum annorum sunt pinguiores, vide per Gutierrez *vbi supra, num. 15. cum sequentibus aliquibus*, Et hæc notanda sunt, quia non sic reperies congesta, & declarata, Et † quid in successore iuris patronatus, an possit mutare institutum, vel nominatum à prædecessore, vide optime Lamber. *de iure patronatus in tertia parte, 2. libri, quæstione 2. principa. articulo 4 fol. 182. & aliquid in lib. 3. quæstione 5. principa. in principio, fol. 183.* qui † quidem patronus an possit ad vacaturam præsentare, vide Paulum de Citadi. *de iure patronatus, 6. parte, quæstione 11. nu. 73. cum sequen.* vbi cum authoritate Episcopi inquit, posse.

39 40 41 42

CONSILIVM XXXII.

Gabella an debeatur ex re in censu emphyteusi data pro certa pensione quotannis soluenda, & quando debeatur: & de gabellis alia.

SVMMARIA.

1 *Census formæ quot sint.*
2 *Dominium directum & vtile in censu imposito super aliqua re penes ipsius rei dominum remanet.*
3 *Emphyteusis dicitur locatio.*
4 *Gabella an ex emphyteusi debeatur.*
5 *Emphyteusis differt à venditione & permutatione & ab alijs contractibus.*
6 *Gabella an ex locatione debeatur. vbi & de laudemia.*
7 *Gabella non debetur de promißione de vendendo.*
8 *Vendere differt à celebratione venditionis.*
9 *Gabella an & quando debeatur ex venditione conditionali.*
10 *Laudemium non debetur, neque ius aliquod, conditione pendente.*
11 *Gabella non debetur ex venditione nisi post translationem dominij illius vendita rei.*
12 *Gabella an debeatur ex censu vitali.*

HAbui in facto semel consulere in negotio quodam quotidie contingibili: nam cum quidam domum suam ad censum emphyteusis quotannis soluendum, redimibilem tamen, respectu quatuordecim mille pro milliario dedisset, petita fuit gabella per conductores gabellorum, ob quod dubitatum fuit, an deberetur, & statim peti posset: in quo consului, quod non debebatur pro nunc, neque peti poterat, vsque dum census redimeretur.

Et pro probanda hac conclusione verissima in hoc casu & similibus contingentibus, præsupponendū est, tres † esse census formas, de quibus *in lib. 5. recopil. sub tit. de los censos* diximus. 1

Prima forma est, de cēsibus resolutiuis & consignatiuis, de quibus *in extrauaganti Martini Quinti, de emptione & venditione*, & est cum quis super re propria censum redimibilem vel perpetuum nō redimibilē cōstituit ad rationem quatuordecim mille pro milliario, vel plus, de cuius pretio agit Couar. *lib. 3. Variarū, cap. 9. n. 5.* & plures alij Doctores, & hic est magis vsitatus, & sub hoc comprehenduntur census Regij, quos iuros vocamus.

Secunda census forma est census ad vitam, de quo habemus pragmaticam nouam, quam retuli *in dicto titu.* & dicitur de los censos de por vida, constituens pretium iustum eius; & de his duabus formis non agebatur in hac lite & causa proposita.

Tertia vero forma, de qua in præsenti agendū est, de censu prædiali, siue reali, aut reseruatiuo dicto, cum res aliqua immobilis ita datur vt recipiens eam annuum quid (de quo conuenerit) domino præstet & soluat, & in hoc dominium directum reseruat sibi dominus, & vtile in accipientem transfertur, quod nō est in prima forma census iam dicta, in † qua vtile & directum remanet penes censuarium rei, super qua censum imponit, *secundum glossam communiter approbatam, in capi. constitutus, in verbo, iuxta ratam, in fine, de religios. domi. teste ibi Abb. nu. 20. & Iulio Claro lib. 4. sententiarum, §. emphyteusis, q. 1.* 2

Et sic censum soluimus de re nostra, pensionem vero de re aliena: propriè enim canon qui soluitur ab emphyteota dicitur pensio, in similitudinem locationis rei alicuius, de qua tanquam de re aliena soluitur pensio, & sic † emphyteusis dicitur locatio, vt infra dicetur; & præsertim vbi pensio soluenda correspondet fructibus percipiendis ex re illa, vt cōmuniter cōcludere Doctores inquit Cagnolus relatus per Clarum *vbi sup. n. 5.* & sic census noster, de quo agimus emphyteoticus vocatur, licet redimibilis constituatur: nam sic vel perpetuus constitui potest, vt voluit Cou. *vbi sup. cap. 11. per totum.* 3

Quo sic præsupposito nulla ex dicto contractu pro nunc debetur gabella. Nam † ex emphyteusi non debetur, vt post hanc meam consultationem tradidisse reperij Ignac. Lassarte *in tracta. de decima vendi. cap. 1. nu. 42. & cap. 2. num. 59. & cap. 10. nu. 5. & 45.* Differt † enim emphyteusis à venditione & permutatione & à cæteris contractibus, *ex tex. in §. adeo, Instit. de locato & cond.* & assimilatur locationi, vt colligitur ex tex. *in l. 28. versi. E porque este es pleytomas semeiante a los logretos, tit. 8. par. 5. l. autem Gabellarum, 1. & 2. tit. 17. lib. 9. recop.* ex venditione & permutatione iubet solui gabellam, & ex † locatione habemus de iure non deberi gabellam, *vt per Ripam in tract. de peste, tit. de priuileg. contract. n. 48. fol. 4.* etiamsi sit ad longum tempus, *vt per Lassart. vbi sup. cap. 2. n. 59.* Ergo neque ex emphyteotico censu debebitur, cum & rei ad cen-

4 5 6

censum hunc concessæ, dominium directum penes dantem remaneat, vt diximus, ob quod laudemia debetur, *vt probatur in l. fin. C. de iure emphyteu.* etiam si talis dominus licentiam præbuerit vendendi rem illam per emphyteutam, *secundum Clarum lib. 4. receptarum sentent. § emphyteusis, q. 23. n. 3.* & sic dominus directus, *secundũ eundem, ibi. q. 46.* soluet partem oneris iniuncti, rei illi emphyteuticariæ pro rato pensionis, si onus illud magnum sit.

Item & secundo, quoniam solum quædam promissio de vendendo videtur contracta, scilicet, cum pensio hæc redempta fuerit: de † promissione tamen de vendendo non debetur gabella; *secundum Iacob. Anchar. Bald. & Salicet. in l. 1. C. de pactis pignorum*: quoniã ea promissio non est venditio, *vt in l. in bonæ fidei, § si tamen, secundum vnum intellectũ, ff. de eo, quod certo loco*, vbi probatur conductionem esse bonæ fidei, promissionem autem conducendi esse stricti iuris, & sic dissimilia. Aliud † enim est vendere, aliud ipsam venditionem celebrare, *secundum glo. & ibi Iason d. l. in bonæ fidei, & Auen. in d. resp. 27. n. 4.* & tenet expresse in materia gabellarũ Tiraq. *de retract. lignag. § 1. glos. 2. n. 56.*

Item & tertio, quoniam etiamsi (absque veri tamen præiudicio) venditio hæc dici posset, conditionalis vocanda, & reputanda esset: quoniam tunc demum emphyteuta efficitur domin⁹ directus dictæ domus, quoties censum, & pensionem redemerit: antea enim, vt est dictum, dominium directum penes dantẽ remansit, & sic tunc demum, si redemerit, dominus erit, & sub hac conditione remanet esse directum dominiũ, vel non. Ex † venditione tamen conditionali non debetur gabella, nisi conditione existente, *l. ei qui ita hæreditatẽ, ff. de condi. insti. & l. qui hæredi. § fi. ff. de condi. & demonst. optima l. hæc conditio, ff. de contra. emptio.* vbi probatur tunc demum conditionales venditiones perfici, cum impleta fuerit conditio; & sic † pendente conditione, non debetur laudemia, neque ius prælationis, neque alia iura, *secundum Tiraq. vbi sup. § 1. glo. 10. n. 48. cum sequentibus, ante & post.* Ergo interim quod in nostro casu non redemitur pensio hæc, nulla debetur gabella.

Item & quarto, quoniam hic pactum inest, tacitè saltim ex natura contractus resultans, scilicet, quod dominium directum non transfertur in pensionem constituentẽ, vsque dum censum & pensionem redimat: quia ante penes dantem remanet, vt dictum est. Sed † si in venditione fiat pactum, quod non transferatur dominium, nisi vsque ad certum tempus, interim non debetur gabella: quoniam hæc non est venditio sed locatio, *vt per tex. in l. cum manu sata, § fi. ff. de contrahen. emptio. notat. Additio. Alex. ad Bar. in l. sancimus. Cod. de Consulibus, lib. 11. & Lassar. vbi sup. c. 2. n. 60. & c. 14 n. 1.* Ergo clarum est in præsenti nullam deberi gabellam, nisi demum pensione redempta: quoniã tunc venditio celebratur, cum antea venditio dici non posset, sed potius pactum quoddam rei traditione vestitutum, ad quod præscriptis verbis actio datur, iuxta tex. *in l. fin. C. de rerum permut.* iunctis traditis per Lassarte *in d. cap. 10. n. 49. in fi. & 52. & 53.* vbi *in versic. & aio quod, cum sequentibus aliquibus*, istam opinionem sequi videtur, & bene, & gauisus sum cum eum vidissem, huius meæ opinionis authorem, vbi *nu. 50.* reprobat Auenda. aliud & malè volentem, & optimè resultat ibidem ipse Lassarte fundamenta Auenda. Nam licet gabellario illius anni, quo domus hæc ad censum emphyteuticum datur, gabella deberetur redẽpta pensione, non verò illi, in cuius anno redemptio fit, secundum aliquorum opinionem non tamen vt statim peti possit: nam & redemptio census & tempus redimendi est positus in voluntate illius pensionarii, & censuarii, & sic potest nunquam redimere: Ergo iniquum est nunc dici soluendam gabellam, cum ad censum redimibilem datur domus, vel fundus: præsertim, cum ego qui nunc sum dominus cens s, & pensionis huius, fortassis non ero, cum pensio redimitur, & sic iniustissimè compelleter soluere gabellam hanc, & consequenter hanc esse credo meram veritatem, & in iudicando & consulendo sequendam, & quod consulentes vel iudicantes contrarium suas onerant conscientias: & an † ex vitali censu gabella debeatur, vide Lassarte *d. c. 10. nu. 38. cum sequent. aliquib.*

CONSILIVM XXXIII.

Gabella an debeatur ex noua hypotheca constituta pro assecuratione cuiusdam census?

SVMMARIA.

1. *Contractus nouus non inducitur ex veteris reformatione.*
2. *Actio veteris contractus ad id competit, quod pacto est comprehensum.*
3. *Contractus nouus non inducitur ex reformatione veteris adhuc in substantialibus facta.*
4. *Venditio secunda si fiat eisdem pactis quibus prima, an noua venditio dicatur.*
5. *Contractus nouatus quando dicatur.*
6. *Gabella semel tantum debetur ex vnica venditione.*
7. *Principalis ille dicitur, qui contractus vtilitatem recepit, cæteri vero fideiussores, licet vt debitores constituti sint.*
8. *Gabella ex fideiussione nullo modo debetur.*
9. *Gabella an debeatur ex censu constituto à clerico, & dato laico in fideiussorem, qui pro illius securitate bona hypothecauit.*
10. *Obligatus de aliquo liberando, an satisfaciat præstando fideiussores.*

IN materia etiam gabellarum patrocinatus fui pro quibusdam viduis, à quibus petebatur gabella, in hunc modum. Didacus quidam censum redimibilem imposuit super certis bonis specialiter & expresse ea obligando. Labente tempore Didacus hic quendam fundum ex obligatis ad censum illũ vendidit cuidam alii, non expresso, quod obligatus censui illi fuisset, sed potius fuit

V contra-

contrarium assertum: Didaco verò defuncto, tertius ille emptor dicti fundi censui hypothecati, cum id sciret, petiit ab hæredibus & vxore dicti Didaci, quod liberaret fundum illũ à censu illo, quæ quidem vxor & hæredes dicti Didaci egerunt cum domino census illius, vt ab hypoteca eius liberaret fundum illum, & quod alia bona eius loco hypothecarētur, & darentur fideiussores census illius sine innouatione scripturæ, quoad alia bona hypothecata, & addendo potius alteram hypothecã alteri, & ad vnam obligationem aliã Dominus dicti census consensit in hoc, & facta sunt de hoc instrumenta in forma: gabellarius cum hoc sciret, adiuit vxorem, & hæredes dicti defuncti, & fideiussorem nunc datum, vt soluerent gabellam ex hoc contractu & venditione, sic enim illum vocabat: & tandem fuit pro eis contra gabellarium determinatum in Regio consilio maiori de Contaduria, me pro iis reis conuentis hæc allegante breuissimè & succinctè.

Primò, quia noua hæc hypotheca & fideiussorum datio non est nouus contractus, tùm, quia prima obligatio & hypotheca quo ad alia bona, quàm quoad fundum dictum in suo esse remanent, & in viridi obseruantia, quandoquidem ex eius substantia nihil diminuitur, neque nouus census constituitur: tùm etiam, quia ex qualibet adiectione ad illum facta, in nihilo alteratur prior hypotheca & obligatio: nam † si ex reformatione contractus non inducitur nouus contractus, neque vetus contractus fit nouus, vt communiter omnes tenent, cum Bart. & aliis, *in l. iurisgentium, §. adeo, ff. de pactis*, vbi Oros. *n. 11. col.* 815. crebriorem hanc esse opinionem testatur, reprobata gloss. contrarium tenente, *in l. pacta, versi. pacta quæ sunt, ff. de contrahen. emptio.* & communem contra glos. illam testatur idem Oros. *in l. si vnus, §. pactus ne peteret, ff. de pactis, col.* 865. *nu.* 70. à fortiori ex non reformatione, sed informatione tantum, quæ minus est, quam reformatio, non inducitur nouus contractus, quoniam informare contractũ non est de nouo eum constituere, sed potius veterem extendere, & sic † actio veteris contractus ad id competit, quod pacto comprehensum est. *l. tenetur, §. 1. ff. de actioni. emp. l. 2. C. de pact. inter empto. & vendi. notant. DD. in l. iurigentium, §. quinimo, præsertim Oros. ibi, col.* 803. *n.* 8. & 9. Hæcque adeo vera sunt, quod † etiam si super substantialibus contractus reformatio fiat, adhuc tunc non esset nouus contractus prout Doctores *in d. §. adeo* notant: & præsertim cum hic non sit super substantialibus, quandoquidem pretium non mutatur, neque conditiones censuales primę scripturæ, sed potius in suo esse remanent, & in viridi obseruantia, & sic inquit Tiraquellus *de retract. Lignag. §. 29. glos. 1. n. 7.* quod † si eodem pretio, eisdemque conditionibus, & pactis fiat secunda venditio, non est noua, sed potius vera retractus cognitio, & † quotiescunque non fit vniuersalis rei mutatio, sed particularis tantum, non nouus contractus fit, sed antiquus renouatur & informatur, secundum Tiraquellum *de retractu conuentionali, in fine illius ti. nu. 168. pag.* 796. sic declarans ea quæ ipse dixerat, quod per adiectionem nouus inducebatur contractus. Ex quibus Doctores supradicti *in dict. §. adeo* & præsertim Orosius *ibi*, & Tiraquellus *in d. num. 168.* inferunt, quòd tunc ex primo contractu debebatur gabella, non verò ex reformato contractu, & minus ex informato, & sic in casu nostro non debebitur, cum † de iure ex vna venditione, non plures, sed vna tantum debeatur gabella, ex *tex. in l. fideicõmissa, §. si sic. de leg. 3. & l. fi. §. quoties, ff. de publi. Bertachin. de gabel. fol. 28. n. 10. q. 5. & nouissimè Ignd. Lassar. de decim. venditio. cap. 13. nu.* 3. & partes hic non discesserunt à primo contractu census, vt dictum est, & consequenter non sumus in prouisione per Tiraquel. deducta *de retractu Lignag. §. 1. gl. 2. n. 40. & 41.* Item & secundo, quia isti nunc obligati pro assecuratione dicti census, obligantes & hypothecantes noua bona, licet vt principales & in solidũ cum aliis obligatis in primæua scriptura (ad quã hæc secunda se refert) se obligauerint, fideiussores sunt in effectu, cum nullum commodum ex pretio census illius, & ex constitutione eius receperint. Nam † etsi plures rei debendi constituantur, si vnus tantum eorum recepit totam vtilitatē contractus, eo quod ad eum tota pecunia peruenit, alii habentur loco fideiussorum & gaudent fideiussorum beneficio, *ex tex. in l. si Iulianus, §. idem ait, si duo, cum glo. ff. ad Macedon. glos. in authentica. de fideiussor §. 1. collatione 1. tenent Bart. & alij plures relati per Antonium Gomez. tomo secundo Varia. c. 12. nu. 2. ver. quæro tamen, & melius Duennas in regula 335. limit. 19. Meneses in l. neque pactio, n. 14. C. de transactio.* Habemus tamen de iure, quòd † ex fideiussione nulla debeatur gabella, secundum Baldum *in Authen. Sacramenta puberum, C. si aduersus venditorem*, quem ad hoc retulit Bertachinus *in tracta. de gabel. fol. 35. in magnis*, & nouissimè Lassarte *vbi sup. in c. 8. nu. 16.* in casu speciali ab eo proposito, licet diuerso à nostro in fideiussore soluente pecuniam pro mercede, pro qua principalis erat obligatus, & fideiussor pro pecunia, inquit gabellam non deberi: sed generaliter, quod gabella ex fideiussione non debeatur, tenent supra relati. Sed cum isti noui intercessores fideiubeant, nullo modo debent ex hoc gabella aliqua, & hanc veriorem contra aliquos testatur Meneh. *controuersiarum vsufrequentium, c. 10. n. 21.* Ex † quibus in facti contingentia pluries diximus, quod si clericus aliquis constituit censum annuum super bonis suis redimibilem, & præstat laicum quendam in fideiussorem suum, qui quidem laicus fideiussor hypothecat bona aliqua censui illi, quod non debebit gabellam: quia laicus ipse fideiussor est, & ex fideiussione non debetur, clericus verò principalis minus debebit, quia immunis est ab ea, & quia si aliud fieret, cum in effectu id quod soluerit fideiussor causa fideiussionis debet principalis ei soluere: debet enim fideiussor totaliter conseruari indēnis per debitorem, ex textu *in cap. 2. de fideiussoribus*, ad hoc allegato per Socinum Iunior. *consilio 27. numero 16 libro 2.* omnino clericus principalis hac via compelletetur soluere gabellam, cum immunis esset ab ea; & sic, quod vna via prohibetur, per aliam admittebatur, contra iuris regulam, scilicet

scilicet, quod id quod vna via prohibetur ad id aliquis alia non debet admitti.: & an † obligatus aliquem liberare & indemnem seruare satisfaciat dando fideiussores, vide singulare consilium Socini Iunioris, *64. vol. 1.* Ex quibus in nostro casu fuerunt hæredes ij & fideiussores liberi reputati à dicta gabella sententia iudicũ superiorum, quantumuis inferior iudex aliud iudicasset, cuius sententia recte per superiores iudices fuit reuocata.

CONSILIVM XXXIV

Contenta in supplicatione summo Pontifici facta, an & quæ sint verificanda omnino ad dispensandum, prout in literis Apostolicis iubetur: Et quid si supplicatio subreptitia vel obreptitia fuerit?

SVMMARIA.

1 *Dotem non habere vel minus sufficientem par est. Virum non habere vel habere inutilem par est.*

2 *Legatum relictum pro maritandis puellis an debeatur iam maritatis. & n. 59. declaratur.*

3 *Legatum relictum pro maritandis puellis, an intranti religionem debeatur.*

4 *Relatio falsa an vitiet dispensationẽ, quando certi sumus, quod sine illa causa summus Pontifex dispensaret.*

5 *Prerogatiua personæ, maxime Principum causa est iusta dispensandi quoad Papam.*

6 *Iura transgrediuntur & præcepta canonica laxantur propter Reges, & filios eorum.*

7 *Dispensatio, seu alia prouisio non potest dici nulla, seu subreptitia quoties in gratia, rescripto, seu dispensatione plura narrantur falsa, & itidem vera, si potest ex veris effectus sequi.*

8 *Concessum ex duplici causa vna deficiente an teneat.*

9 *Causa impulsiua, & non finalis præsumitur, & an dispositio aliquid concedens cesset, cessante illa causa impulsiua.*

10 *Rescriptum an semper annulletur propter supplicationem falsam.*

11 *Falsitas causæ, quæ ad concedendum non inducit, an vitiet actum.*

12 *Scandala quoties sperantur oriri, an expressio obreptitia, vel subreptitia in foro contentioso dispensandũ impediat, & declaratur n. 61.*

13 *Monialis an possit exire à monasterio ad habitandum domum alterius.*

14 *Narrationis veritas secundum tempus narrationis attendenda est, & non post.*

15 *Falsitas est mutatio veritatis.*

16 *Expressio non sufficienter facta subreptionem inducit. vbi alia de subreptione tàm in exprimendo quàm in tacendo.*

17 *Dispensatio potius videtur facta à Summo Pontifice ex causa expressa in ea, quàm ex alia.*

18 *Recedendum non est à verbis Principis, vel alterius, nisi vbi euidenter appareat aliud sensisse.*

19 *Actus præsumitur cum potestate, & voluntate factus.*

20 *Falsa causa vitiat actum non solum, si sit in totum falsa, verum & in parte.*

21 *Mendax precator omnino caret impetratis.*

22 *Subreptio in gratiosis literis semper præsumitur dolosa, imò & in non gratiosis. si de proprio facto relatio fiat. & ibidem idem habetur, si literæ sint magni ponderis.*

23 *Subreptio tam in expressione falsi, quam in occultatione veritatis reddit inualidam dispensationem.*

24 *Clausula, si preces veritate nitantur, in qualibet concessione intelligitur.*

25 *Subreptio in vna parte regulariter in totum vitiat rescriptum.*

26 *Forma instructionis est ad vnguem seruanda.*

27 *Mandatarius punitur si formam mandati excedat etiam in melius.*

28 *Mandati fines sunt diligenter obseruandi, vbi limites remissiuè.*

29 *Ordo in rescripto appositus à Papa censetur substantialis.*

30 *Limitata causa limitatum producit effectum.*

31 *Cessante causa dispensationis cessat dispensatio. & nu. 32. ampliatur, etiamsi sit causa impulsiua.*

33 *Causa impulsiua inducit ad facilius dispensandum.*

34 *Causa in dubio an finalis præsumatur nec ne, & quæ finalis.*

35 *Dispensandum in secundo consanguinitatis gradu quando sit.*

36 *Dotatas esse mulieres publicè interest.*

37 *Rescripti verba debent intelligi secundum ius commune.*

38 *Causa in l. inserta præsumitur finalis.*

39 *Causa finalis est illa quæ mouit agentem ad actum, & ibi de aliis causis finalibus.*

40 *Subreptio etiam in causa impulsiua vitiat.*

41 *Qualitas omnis à lege requisita censetur de forma substantiali.*

42 *Relatio in nihilo de substantialibus debet peccare.*

43 *Qualitas adiuncta verbo debet intelligi secundum tempus verbi.*

44 *Dispensationis materia an fauorabilis vel restrictiua dicatur.*

45 *Concessio contra ius ex importunitate facta censetur & idem si per curialem fiat, ibidem, & n. 46. quod non sit exequenda.*

47 *Regula quod alias esset concessurus, &c. non procedit vbi dolus adest in impetrante.*

48 *Princeps an sit alias concessurus, arbitrio iudicis relinquitur.*

49 *Testator velle præsumitur quod loquitur.*

50 *Testatoris coniecturando voluntatem sæpissimè erratur, & numero 51. quod in hoc sit verbis standum.*

52 *Causæ plures vbi militant, an vna cessante cesset dispositio.*

53 *Moniali non potest quidquam donari.*

54 *Plures quando loco vnius substituuntur pro singulari persona habentur.*

55 *Legatum relictum tribus fratribus, & Petro quomodo diuidatur.*

56 *Pluribus commissum non potest per vnum expediri.*
57 *Plures rationes semper in aliquo actu interuenire præsumuntur, & qui dicit vnam tantum debet probare.*
58 *Dotata dicitur & illa quæ in vno numo dotata est.*
60 *Responsio intelligitur facta secundum relationem.*
61 *Intellectus cap. quia circa, de consangui. & affinit.*
62 *Dispensatio in causa matrimoniali concessa ob falsam causam nullius roboris est.*
63 *Subreptio in gratiosis ipso iure vitiat gratiam, secus in non gratiosis, quia venit annullanda.*
64 *Impedimentum facilius habet locum ante factum quam post.*
65 *Taxationis causa vel demonstrationis sorores in nostro consilio an apposita dicantur.*

A Nobilibus quibusdam sese secundo consanguinitatis gradu attingentibus, fuit summo Pontifici supplicatum, ac Dei in terris Vicario Gregorio 13. quod cum Petrus & Beatrix, qui sic vocabantur impetratores, essent de nobilium & illustrium genere ac descendentia, & de principalioribus illarum partiũ, & d. Beatrix. quæ est patre orbata, propter diuersas lites consũpserit omnia bona sua, ita quod in necessitate constituta non solum matrimonio sibi conuenienti collocari possit, sed nec commodè sustentari valeat, ex eo quia bona à patre suo relicta in dictis litibus amiserit, & habet matrem & duas sorores eãdem necessitatem patientes, & d. Petrus, qui est diues & dominus in temporalibus cuiusdam oppidi, & villæ, & habet vassallos & alia plura bona ad valorem redditus, anni trium mille ducatorum parum plus, vel minus ascendentia, desiderat eandẽ Beatricem cum minus competenti dote in vxorem ducere ac matrem & sorores d. Beatricis ad domum suam ipse Petrus adducere, & illas iuuare, & dictas sorores, vt melius poterit in honesto statu collocare promittit. Sed quia secundo consanguinitatis gradu sunt coniuncti, desiderium eorum in hac parte adimpleri non potest absque sedis Apostolicæ dispensatione, &c. Quare summus ipse Pontifex huiusmodi supplicationibus inclinatus fraternitati Episcopi, seu eius officialis per præsentes inquit, committimus, & mandamus, quatenus deposita per te omni spe præmii, &c. te de præmissis diligenter informes, & si per informationem huiusmodi repereris, quod preces veritate nitantur, super quib. conscientiam tuam oneramus cum eisdem Petro & Beatrice, data prius per eundem Petrum in manibus tuis idonea cautione de dote prędict. duarum sororum tempore præstanda dispenses, dummodo propter hoc rapta non fuerit.

Contingit quod omnia in supplicatione contenta verificata sunt per informationem super eis datam & adhibitam, excepto eo quod dictas duas Beatricis sorores ad domum suam Petrus conducere non potest, neq; ambas in statu collocare, prout promisit, vt pote, quia vna earum per duodecim annos ante supplicationem hanc religionis professionem fecerat, & statum religiosum assumpserat, propter quod dubitatum fuit an talis supplicatio & concessio esset nulla & vitio subreptionis plena, & Papa esset super hoc consulendus antequam dispensatio concederetur per Episcopum vel eius officialem, qui quidem officialis commissarius, cum esset super his dubius, mihi cum aliis duobus aduocatis causam commisit consulendam, & duo dederunt votum vt dispensaretur, ego tamen contradixi & asserui, prius esse consulendum summum Pontificem super hoc dubio: & vt res perfecte habeatur, proponã fundamenta pro vna & alia parte: & pro affirmatiua, quod esset dispensatio concedenda absque consultatione summi Pontificis, sequentia adducebantur.

Primo, quia vera est bullæ narratio Papæ facta, scilicet, quod inopes sunt hæ duæ sorores, & quod quantumuis vna earum sit monialis, incompetenter tamen est dotata, & ideo idem est, ac si dotata non esset: nihil enim & inutile æquiparantur, & par † est non habere dotem, sed habere minus sufficientem, sicut par est non habere virum, sed habere inutilem, *ex textu vbi glo. & Doctores in l. fin. C. ad l. Flaui. de plag.* & nihil & inualidum idem sunt, *ex l. sicut nullum, & ibi Bald. C. de legi. hæredi.* cumque hanc indotatam esse dici possit, & dotem ei assignare Petrus hic velit, verificata est conditio dispensationis, maxime cum hæc Papam non minus mouissent, si sciret, vel non esse vera. [1]

Secundo, quia † dos & legatum pro maritanda puella relictum, debetur, quamuis maritata sit tempore testamenti, *vt per Tiraquel. de cessante causa, limitatione 18. nume. 2. cum sequentibus*, & sic quantumuis hæc maritata sit, & sic in statu collocata, debebitur promissio ei facta, & per consequens verificabitur dispensatio, vt & tradit nouissime Didac. Perez *lib. 5. ordi. pag. 79. col. 1. ad fin.* vbi & inquit quod † legatum pro maritandis debetur intranti religionem, *vt per Baecam, de non melior. c. 14. n. 9. & eundem Did. Perez, vbi sup. p. 72. in prin. & sup. consi. 1. diximus.* [2] [3]

Tertio, quia † quantumuis causa hæc & relatio falsa esset, si sumus certi, quod summus Pontifex dispensasset, causæ expressio non vitiat, vt est tex. notabilis. quem ibi mirabilem dixit Abb. *in cap. ex parte, 2. ibi, cum sine qualibet tali causa id ipsum, de in integ. resti.* Solet tamen Papa dispensare propter prærogatiuam personæ & præcipue Principum, & † hæc est iusta causa dispensandi, *vt est tex. apertus, in cap. requiritis, §. nisi rigor, & in can. tali coniugio, 1. q. 7. in cap. innotuit, de electione, & in cap. licet canon, eodem tit. in 6. & in cap. de multa, cum similibus, de præbend.* nam † propter Reges, eorumque filios aliquando iura transgrediuntur, & canonica pręcepta laxantur, vt probat tex. *in cap. fin. in prin. de offic. delegat. in 6. & in cap. ne aliqui, de priuileg. clem. vnic. de Baptismo, notat. tex. in extrauaganti, execrabilis, versi. nos itaque, de præben.* Igitur cum illustres sint personæ, hæc quantumuis causa monialis falsa esset non vitiatur dispensatio, sed concedenda est. [4] [5] [6]

Quarto,

7 Quarto, quia † quoties in rescripto, gratia, dispensatione, seu priuilegio plura falsa, & itidem vera narrantur, si ex veris potest effectus sequi, nunquam nulla, seu subreptitia dici potest dispensatio, seu alia quæque ex causa facta prouisio, *secundum Rotam antiquam 515. incipien. nota quod licet plura, & 68. incipien. licet in nouis, vbi allegantur notata in capitul. ex parte, & in capitulo inter cæteros, & capit. olim, de rescript. voluit Lapus allegatione 24. titulo de causa poss. & propriet. Abb. in capitul. cæterum, & in capitulo sedes, columna secunda, versiculo, potest dari, vbi communiter Doctores, de rescrip. Perusi. in c. si eo tempore, eodem titul.* Et benefacit quod voluit Bart. *in leg. si ventri, §. 1. post gloss. ibi, ff. de priuileg. credi.*
8 quod † quando aliquid ex duplici causa conceditur, licet altera ex causis defecerit, nihilominus ex altera validabitur concessio. Hic tamen plures causæ apponuntur, nobilitas, scilicet, personarum, matris & filiarum ad domum reductio, minus competens dos desponsandæ, sororisque alterius dotandæ, & monialis alimentandæ onus: igitur quantuncunque deficiat, quod in domum monacha reduci, neque collocari in statu possit, non vitiatur dispensatio, neque dilatari potest.

9 Quinto, quia † in dubio in gratiis ac donationibus causa impulsiua & non finalis præsumitur, propter cuius defectum seu falsitatem nullatenus concedentis dispositio vitiatur, *vt notatur per gloss. Bar. & DD. in l. 2. §. fi. ff. de donatio. tradit Corneus consilio 153. in præsenti consultatione, colum. 2. vol. 2.* Causa enim in omnibus gratiis inserta semper in dubio impulsiua & non finalis præsumitur, *secundũ Francum in c. decet, post alios, ibi, de regul. iur. in 6.* & qui causam finalem, dicit, id probare debet, *secũdum Paul. in l. fin. ff de condi. causa data, quem sequitur Socin. consi. 83. incipien. pro certo, volum. 3.*

10 Sexto, quia † non semper rescriptum rescinditur & annullatur propter falsam supplicationem, sed quædam distinctio, sit falsitas circa substantialia, an non, adhiberi solet & consideratur, *secundum Bal. consilio 431. proposito statuto, volumin. 5.* Et sic
11 dici solet, quod † falsitas causæ, quæ ad concedendum non inducit, gratiam vitiare non debet, prout notat & inquit Inno. *in capi. in nostra, in fin. de rescrip. & in ca. cum in nostris, de concess. preb.*

12 Septimo & finaliter quoniam † quantumuis causarum expressio esset subreptitia, vel obreptitia, adhuc in foro contentioso videbatur dispensandum, cum aliter scandala oriri possent, vt probat tex. singularis, *in cap. quia circa, de consanguin. & affinit.* vbi quidam nobilis cõtraxit matrimonium cum quadam consanguinea in quinto gradu cõsanguinitatis, de qua filiam vnicam suscepit, tandem mortua ipsa filia post mortem eius Papę supplicauit, vt in simul possent remanere, prolis allegata falsa causa, & inquit Episcopo dubitanti de dispensatione illa summus pontifex, vt remaneant in copula sic contracta, cum ex separatione graue videatur scandalum oriri. Ecce text. prima facie pro hoc fundamento expressum. Et sic hæc sunt quæ pro prima hac faciunt parte.

Pro contraria vero, imo quod Papa inconsulto non esset concedenda dispensatio, eo quod subreptitia & obreptitia videbatur relatio, tum quia sorores hæ non eandem patiebantur necessitatem, neque ambæ poterãt in statu collocari, eo quod vna earum multo ante monialis erat, neq; dote egebat, quia iam dotata erat, cum monasterium intrauit, neque aliud quid proprium habere poterat ex dispositione Concilii Tridentini, de qua infra sequentia consideraui.

Primo, quia negari non potest, quin in relatione & supplicatione subreptio & falsitas insit, tum ex dictis in præcedẽti versi. tum & quia † monia- 13 lis exire non potest, vt in domum dicti Petri reducatur, quia ex decreto Concil. Triden. *sess. 25. de reformatione,* clausura monialibus est iniuncta, idque ex motibus propriis Pii V. & successorum Pontificum est fortificatum, veritasq; † narrato- 14 rum consideranda est secundum tempus impetrationis. Non enim sufficit narrata prius fuisse vera, vel post impetrationem verificata, *secundum Abb. in c. quia circa, n. 4. de consangui. & affini.* Nihil a-
15 liud enim † est falsitas, quã mutatio veritatis, *vt in l. quid est falsum, ff. ad l. Corn. de falsis,* & tales † expres- 16 siones non sufficienter positę inducũt subreptionem, *ex c. cum adeo, c. dilecti, c. postulasti, c. ad aures, de rescrip.* falsa tamen causa vitiat. & nulla est dispensatio virtute eius obtenta, *secundum Doctores, communiter, in capi. quia circa, per tex. ibi, attento eius vero intellectu, de consangui. & affinitate,* subreptioque causata, siue ex vero tacito; quod fuerat exprimẽdum, siue ex falso expresso vitiat, ipso iure priuilegium, & dispensationem, *vt per Domi. consil. 33. n. 1. allegantem ad hoc tex. tum gloss. in capit. cum dilecto, de consanguin. & affini. Ioan. Andr. in additio ad Spec. tit. de clandest. desponsa. in rub. Innoc. in ca. cum dilecta. de rescrip.* Et horum ratio est, quoniam cum in tali dispẽsatione falsa causa exprimatur duplex effectus, potestatis scilicet, & voluntatis inuenitur, *iuxta ea quæ scribunt Bal. & Doctores, in l. rescripto. col. 2. C. de precib. Imper. offeren. Arch. & DD. in c. consequens. 11. dist.* merito nulla ex volũtatis defectu reputatur. Sũmus † 17 n. Pontifex causam in dispensatione apponendo, exprimendo, siue declarando potius dispensationem propter causam ibidẽ expressam concessisse videtur, quam propter aliã causam, aliumque respectum minime declaratum, quia vbi in verbis à Principe prolatis nulla ambiguitas inuenitur, nullatenus tunc quæstio voluntatis admittitur, *vt inquit tex. in l. si ille aut ille, cum similibus, de legat. 3.* ne-
18 que † aliter ab specificatis verbis verborumque significatione receditur, quam cum aliud sensisse statuentem euidenter & manifeste cognoscitur, *vt inquit text. in leg. non aliter, ff. de legat. 3.* & in gratia & dispensatione semper præsumendum est fuisse motum ex causa in ea expressa, *secundum Abb. in c. quia circa, n. 6. de consang. & affinit.* Et ideo cũ causæ supradictæ à summo Põtifice in dispẽsatione exprimantur, quæ finales dicuntur, vt infra dicemus, merito si talis causa falsa fuerit, & sic summus Pontifex, vel eius cõmissarius erroneę eã fore existimans, dispensauerit (cum error causæ finalis voluntatem remouere videatur) quod sine dubio talis dispensatio ex volũtatis defectu vitietur, nullatenus stare potest, quod citra potestatis & vo-

V 3 lunta-

luntatis concursum actum fuisse inuenitur, *c. cum super, de offi dele. l. multum interest, cum similibus, l. si quis alteri, vel sibi.* Omnes † namque actus humani, vt inquit Boetius, à potestate & voluntate operantur, *secundum Anchar. & DD. in c. cum super 6. not. de offi. deleg. Bal. in l. cum testamentum. C. de iur. & fact. igno. & c. ad hac 1. ibi, cum potest si voluerit, de appellatio. & in c. super inordinata, ibi, qui seruire possunt & volunt, de preb.* Et sic si nunc dispensaretur ante explorationem voluntatis Pontificis certificati de iis, contra eius voluntatem & mandatum concedetur dispensatio, & ex falsa causa Pontifici ignota, & consequenter nulla esset, præsertim † quoniam falsa causa vitiat non solum, si sit in totum falsa, verum si sit in parte vera, & in parte falsa; *secundum Curti. Iunio. consilio 118. numero decimo, volumin. 2. & Alciat. de præsumptio. regul. 3. præsumpt. 10 num. fin. pag. 277. in paruis:* nam vt inquit Dionysius, bonum ex integra causa, malum vero ex peculiari defectu.

Secundo, quoniam † mendax precator penitus caret impetratis, non distincto, an esset alias Papa concessurus, *secundum textum, vbi Doctores, maxime Deci. in capitulo sedes, de rescript.* præcipue si subreptio & causa allegata dolosa est, & dolose asserta; tunc enim indistincte vitiatur, etiam in capitulis separatis, *ex textu, vbi Doctores communiter in cap. super literis, de rescrip.* & in † gratiosis literis, prout sunt hæc, semper subreptio præsumitur dolosa, *secundum Felin. in eodem capitulo super literis, numero quinto,* imo & in non gratiosis, si de proprio & notorio facto relatio fiat, & de magna causa, prout hic, scilicet, hanc sororem esse monialem, res erat notoria, & supplicantibus Papæ manifesta: igitur dolose est causa proposita. Et idem si literæ sunt magni ponderis, dolosa subreptio dicitur, *secundum Felin. ibi:* & per consequens nulla est indistincte dispensatio, siue certum haberemus, Papam esse alias concessurum, siue non: præmaxime cum hic non ita faciliter moueretur Princeps ad dispensandum, si vna tantum esset soror, prout mouetur, cum sint duæ, quia cum isti non sint magni Principes, quib. facilius dispensatio conceditur, sed sint particulares milites, subreptio præsumitur dolosa, etiam in literis ad beneficia, *secundum Felin. vbi supra. dict. numero quinto,* subreptioque † tam in expressione falsæ causæ, quam in veritatis occultatione, inualidam, nullamque dispensationem reddit, *vt est textus in capitulo primo, & secundo, de filiis presbyt. in 6.* idque in omnibus gratiis, & priuilegiis procedit, *capitulo ad audientiam, 2. vbi Doctores. cap. postulasti, de rescrip. leg. 1. ff. de nat. rest. cum similibus traditis per Abb. d. cap. super literis, & per DD. in c. cæteris, & c. plerunque de rescrip. per Inno. in capit. cum dilecto, eod. tit. & est text. in clemen. 1. de preb. tradit late Socin. consil. centesimo sexagesimo quarto, libro secundo.* In † qualibet enim concessione, etiam si ex plenitudine potestatis, & ex certa scientia & motu proprio fiat; intelligitur clausula, si preces veritate nitantur, *secundum Soci. vbi supra & Meneses in leg. vniuersi, numero tertio, C. de diuersis rescrip.* imo ipso iure subreptio vitiat, *secundum text. vbi Deci. numero primo, in c. constitutus, de rescrip. & melius Felin. in dicto capitulo ad audientiam, 2. numero vigesimo secundo, ampliatione 2.* subreptioque † in vna parte regulariter vitiat in totum rescriptum, *secundum eund. Deci. d. c. sedes, n. 5. de rescrip.* præsertim si omnia in rescripto contenta tendunt ad eundem finem, vt hic quia tunc non separata sed eadem capitula dicuntur, & videntur in effectu vnum et casum respicere, *vt inquit tex. in d. c. sedes.* Nã ratione connexitatis vitiantur omnia, *secũdum Fel. in d. c. super literis, nu. 2. in fin.* & qui mentitur in vno, factus est omnium reus, *vt in capi. defleat peccator, de regul. iur. extra.*

Tertio, quia commissio Episcopo & eius officiali per has literas concessa est, tum pro verificatione facienda relationis factæ, tum etiam vt verificatione facta dispensatio concedatur, si preces veritate niti reperiantur. Forma † autem cõmissionis & instructionis seruanda est ad vnguẽ, & si non seruatur, actus est nullus; *vt probat tex. in cap. cum dilecta, de rescrip.* actusque omissa forma non valet, *ex dict. capitul. & ex l. cum ij, §. si prætor, ff. de transactio.* Ab instructione enim & mandato, quis recedere non potest, alias † si quid agat vltra etiam in melius, puniendus est, *ex l. 3. §. in bello, ff. de re milit.* & nihil agit *secundum Hipoly. in pract. §. successiue, numero quinquagesimo primo, cum 4. sequentibus.* Diligenter † enim mandati fines sunt obseruandi, *l. diligenter, ff. mand.* & non solum mandatum est custodiendum, sed & qualitas mandati, *secundum Ias. in l. si procurator, C. de procurato. vbi limitat, 11. modis.* Imo & omne factum præter formam mandati est ipso iure nullum, *ex tex. in l. item eorum, §. sed si ita, ff. quod cuiusque vniuer. nomi.* maxime si super substantialibus excederetur, prout hic, si causis iis falsis dispensaretur, vt ex infra dicendis apparebit, vel si contra ordinem in dispensatione appositum fieret, quia † ordo in rescripto appositus à Papa censetur substantialis, *secundum Bal. in d. c. cum dilecta, n. 10. de rescrip.* & paria sunt agere cõtra mãdatum, vel citra, vel præter, *ex tex. in c. fin. de resti. spolia. & ibi Abb. notab. 6. tradit plura Auiles, c. 1. ver. mandando per totum. n. 3. cum seq. & Mexi. l. de Toledo, 10. fundam. 1. par. n. 42.* In præsenti tamen datur forma dispensandi, scilicet, si preces veritate nitantur, quæ quidem non verificatur: igitur non est dispensandum, sed summus Pontifex certiorandus, & expectanda eius voluntas & declaratio: limitata † enim causa limitatum producit effectum, *l. cum seruo, & ibi Bal. ff. de contrahen. empt.*

Quarto, quoniam † cessante causa dispẽsationis cessat dispensatio, *cap. priscis, 55. dist.* notat Tiraq. *de cessante causa, 1. par. numer. 91.* vbi *& nume. 92. & 93.* idem intelligit verum, nisi gratia sit perfecta sed est in fieri, & † tunc id non solum procedit in rescriptis, & in cæteris omnibus gratiosis & priuilegiis, si causa est finalis; verum etiam si sit impulsiua: ea enim cessante cessat etiam dispositio, *secundum eundem Tiraq. ibidem, limitatione 1. numer. duodecimo, cum pluribus sequentibus,* vbi in omnibus gratiosis etiam dicit hoc esse verum & tenendum si in fieri sunt, & nondum perfecta, vt hic: Imo etiam si (absque veri præiudicio) causa impulsiua cessante non cesset effectus, facit † tamen causa impulsiua, vt facilius concedatur dispensatio, *secundum Tiraquellum, dict. limitatione 1. numero 20.*

qua

quia tamen deficiente difficilius concederetur, & consequenter credendum est, quod Papa non esset alias concessurus, & quod voluit relationem in omnibus esse veram, verificandum, & sic cessant supradicta, esset nec ne Papa alias concessurus, maxime quoniam in præsenti tota relatio fuit causa finalis concedendi, non vero impulsiua, idque patet ex quampluribus doctrinis relatis per Tiraq. *dict. limitatione 1. numero vigesimo primo, cum sequentibus pluribus.* dum examinat, an † causa præsumatur finalis nec ne, præsertim cum causa à Principe, in quacunque dispensatione expressa, semper finalis præsumatur, *vt inquit Bal. consilio 355. præmittendum libro primo, per text. in leg. 1. C. de donatio. inter notat Tiraquel. vbi supra, num. trigesimo,* etiam si in prouisionis procemio talis causa narretur & inseratur, *secundum Socin. consilio. 273. in præsenti consultatione, columna fin. in princip. libro secundo, & alios relatos per Tiraquel. dict. limitatione 1. numero sexagesimo quarto, cum sequentibus,* vel ex narratione colligitur, *leg. fin. vbi Bart. & Doctores, ff. de hæredi. institu. l. 1. in principi. ff. ad Macedon. notat Alexand. consilio septimo, visis, colum. 2. volum. 2. & consilio 55. quoniam, in princip. volum. 5.* præsertim attenta dispositione Cõcilii Tridenti, *capitulo quinto, sessione 24. de reform.* in † secũdo gradu iubentis, nunquam dispensandum, nisi inter magnos Principes, & ob publicam causam, vtrunque copulatiue requirendo. Et quantumuis Papa Principis magni defectum suppleat attentis oblationibus ab ipso Petro supplicante scilicet, de reducendo matrem & sorores Beatricis ad domum, quæ omnia simul iũcta efficiunt causam illam magni Principis; & in iis non consistit publica illa causa à Concilio requisita, publicam tamen ipsam causam constituit Papa in hac dispensatione in dotatione harum duarum sororũ, Reipublicæ enim † interest mulieres esse dotatas, & dotes eis conseruari, *l. 2. ff. de iure dot. l. 1. ff. solut. matrimonio, & ibi, gloss. vide l. interest. de priuil. credi.* Igitur hæc est causa vna ex finalibus nostri tex. prout expresse considerat isto modo Tiraq. *de causa cessante, limitatione 1. numero 59.* & insuper cum à Concilio ipso consideretur, & Papa semper in rescriptis & gratiis videtur sese cum iure communi conformare, & † verba rescripti debent intelligi secundum ius commune, *ex gloss. si verba, in capit. cum pastus 33. quæstio. 1. sequitur eam Oldral. consilio 268. quæstio est vtrum per priuilegium, ad fin. Iason in leg. ex facto, notab. 4. ff. de vulgari.* & † causa inserta in l. præsumitur finalis, *secundum Bal. per text. ibi, in leg. cum tale, §. falsam, ff. de condi. & demonstr. & in l. generaliter columna secunda, versicul. sed in dubio, C de Episcopis & cleri. notat Tiraquel. dict. limitatione 1. numero vigesimo tertio, & 29.* & Didac. Perez *in l. 22. titulo 2. libro septimo, ordi. pag. 410. colum. 2.* vbi & aliud bonum dicit in propositum, & consequenter, quæ in dispensatione apponitur à Principe ex concessione dicti decreti Conciliaris, cum quo se videtur conformare, censetur finalis, & ea cessante cessat dispensatio, etiam si in minimo deficeret, ex iam dictis & ex dicendis: & cessant etiam in contrarium adducta, hic, scilicet, non esse causam finalem, sed impulsiuam sororum dotationes & alia, cum finalem causam constituant, vt dictum est, & † quia causa finalis est illa, quæ mouet agentem ad actum, *secundum Couarru. libro primo, variar. c. 20. nume. secundo,* causaque apposita fauore piæ causæ, aut in tertii commodum finalis præsumitur, ex dictis per Tiraquel. *dict. limitatatione 1. nu. 24. 39. & 42. 56. & 57.* vbi, *n. 52. & 55.* inquit nullum inuenisse contradicẽtem, quod vbi est in fauorem tertii finalis est, nisi Bal. præsertim si commodum reipub. resultet; tunc enim clarius est esse finalem, *secundum Tiraquel. ibi. numer. 59.* Et quia quoties causa apponitur ab errante, & ignorante, & non à sciente, finalis, est, cum est de substantia. Hic tamen inquit Papa se non habere notitiam de hoc, & causa est substantialis, vt dictum est: ergo & finalis, secundum Tiraq. *vbi supr. numer. 27.* & quia secundum eum, *ibi, num. 38.* si ad actus necessitatem requiritur causæ expressio, vt hic, finalis est ea, quæ apponitur: ergo habemus intentum.

Neque obstant in contrarium, maxime cum & subreptio † etiã in causa impulsiua vitiet, vt magis communem testatur Couarru. *lib. 1. variar. capi. 9. in princ.* & Menoch. *de arbi. lib. 2. cent. 3. casu 201. numer. 22.*

Sicut neque itidem obstabunt dicta pro prima parte, scilicet, tunc falsam causam vitiare, quoties super substantialibus apponitur: nam, vt remanet dictum, super substantialibus in præsenti falsitas apposita est, cum super causa publica à dicto decreto Concilii Tridentini requisita, scilicet, super dote harum duarum sororum apponitur, & sic in substantialibus, quibus mediantibus Concilium in secundo gradu dispensari permittat, consistit. Itidem † quia omnis qualitas à lege requisita censetur de forma substantiali, *secundum Auend. respons. 14. in fine,* & lex aliquid introducens de nouo cum certis modificationibus; quidquid ibi exprimitur, est reputandum pro forma, *secundum Deci. relatum per Tellium in l. 3. Taur. 2. par. numero decimo sexto,* In dicto tamen decreto Concilii Tridentini permittitur dispensari in secundo consanguinitatis gradu inter magnos Principes & ex causa publica: & quamuis antea esset idem prohibitum, non tamen ita permissum cum restrictionibus, & qualitatibus, nunc in dicto conciliari decreto expressis: ergo super substantialibus peccat relatio huius dispensationis, adeo † vt etiam si in minimo deficiat & peccet, totum defecisse videtur, vt communiter notant Doctores, *in capi. de appellationibus,* vbi Deci. *versi. tertius casus, de appellationibus,* plures refert authoritates, notat Loazes, *in allegatione, de mula, dubitatione 1. in vltimo fundamento pro parte Marchionis, numero nono, cum sequentibus aliquibus.* Et sic verificari debet tempore supplicationis, veras esse causas in relatione insertas, quia qualitas adiecta verbo, debet intelligi secundum tempus verbi, id est tempore quo verbum illud deducitur ad effectum, *l. in delictis, §. extraneus, ff. de noxa. l. Titius, ff. de testam. mili.* Et sic inquit Bald. *consilio trigesimo primo,* relatus per Mari. Socin. *consilio secundo, numero quinto, & sexto, volum. 1.* quod statutum excludens filiam dotatam, non excludit eam, quæ tempore mortis patris non erat dotata, licet postea dotetur;

tetur, ſed tãtum excludit eam, quæ tempore mortui patris dotata erat: & vbi aliqua qualitas in diſpoſitione requiritur, illa probanda eſt, *ſecundum Deci. capit. 2. numero 13. de reſcrip.* præſertim in ſtricta 44 materia, prout eſt diſpenſationis, quæ † quidem quamuis fauorabilis eſſet, reſtringitur vbi verba ſunt reſtrictiua, *l. penult. C. de legi. notat Burgos de Paz conſil. 34. numer. 26. lib. 1 & alii relati per Simon. de Pratis, de interpretatione, vltima. volun libr. 2. fol. 246. numero 152. ſolut. 3.* Et ſic inquit Nauar. *conſil. 8 numer. fin. de conſan. & affin. libro quarto*, quod licet diſpenſandi facultas ſit fauorabilis, actus vero ipſe diſpenſationis odioſus, & ſic reſtringendus, quia cõtra ius eſt: verba tamẽ noſtræ diſpenſationis ſunt reſtrictiua, ibi, *ſi preces veritate nitantur*; & ibi: *ſuper quo conſcientiam tuam oneramus.* Igitur ceſſant ar-45 gumenta contraria; præſertim † cum hæc diſpenſatio ob importunitatem cenſetur conceſſa, tum quia erat contra ius, cum iſti non eſſent magni Principes, quo caſu importunitas præſumitur, *ſecundum Bal. in capitul. cum adeo, de reſcrip. Bart in leg. 1. C de fund limitro. libro vndecimo, Pala. Rub. in rub. §. 81. colum. 1.* tum etiam, quia per Curiales impetrata fuit gratia hæc, quo caſu ſecundum omnes, im-46 portune cenſetur conceſſa, & † conſequenter nõ eſt exequenda, idque velle concedentem præſumitur, *ex leg. 1. C. de peti. bon. ſub libro decimo, gloſſ. in capit. ſi quando, de reſcript. & diximus in libro primo, recopil.*

Non obſtat etiam illud aliud, ſcilicet, quod falſa cauſa non vitiat, quoties ſumus certi, quod Papa impedimento non obſtante diſpenſaret: quia hic non ſolum certi non ſumus de hoc, verum etiam in contrarium certificati ex ſupra iam dictis, ſcilicet, quod in ſubſtantialibus adſit falſitas & ſubreptio, & quod doloſe ſic fuit actum, cum ipſi impetrantes ſcirent has eſſe moniales, & non poſ-47 ſe cum eo cohabitare, & † dato dolo, non eſt locus regulæ *(quod Papa eſſet aliás conceſſurus) vt per Felin. & Doctores in dict. capit. ſuper literis, de reſcrip.* & ſic indiſtinctæ vitiat gratiam etiam in omnibus aliis in ea contentis, ſecundum Felin. *dict. c. ſuper literis, numero quinto,* vbi & inquit quod in gratioſis ſemper falſitas præſumitur cum dolo facta, ſi gratia eſt magna, vt hic, quia eſt ſuper ſecundo gradu, ſuper quo non diſpenſatur, niſi cum principibus & 48 ex magna cauſa: Item † quia non poteſt dari certa regula; eſſet alias Princeps conceſſurus nec ne, & ſic arbitrio iudicis relinquitur, *ſecundum Deci. in capi. ſuper literis, numer. 9. de reſcrip:* arbitrium in hoc debet iudex ex verbis diſpenſationis conſiderare, *ſecundum Tiraquel. de ceſſante cauſa, limitatione 1. num. 19. in fine.* Ex verbis autem decerpitur, velle Pontificem omnia verificari, neque à verbis eſt recedẽ-49 dum, vtpote † quia ſemper, quod teſtator loquitur, velle præſumitur, *ſecundum Deci. conſil. 412. num. 11.* & mens Principis eſt non facere gratiam in alio quam expreſſo, *ſecundum Felin. in dict. capit. ſuper literis numero ſexto limitatione 3.* & ſecundum eundem ibidem tunc intelligendum eſt, Principem eſſe conceſſurum, quoties ita reductio ad ius commune fit, ex proportione verborum reſcripti, ſecus ſi diſproportionarentur verba: nam tunc non attenditur, quod eſſet alias Princeps conceſſurus: hic tamẽ, ſi in vna tantum ſorore intelligeremus verificari ſtatus collocationem, in duabus in noſtra diſpenſatione requiſitum, verba eius diſproportionarentur duas complectentia in ſtatu collocandas ſorores: igitur non eſt attendenda dicta regula, *eſſet nec ne Papa conceſſurus*, & in † exploran-50 da voluntate ſæpiſſime erratur, & cum de ea agitur dicimur ambulare in tenebris, *Secundum Socin. Iunior conſil. 101. num. 1. volum. 1.* Et vbi verba ſunt clara, non eſt opus coniecturis: igitur quod certius eſt & ex verbis conſtat amplecti debemus, præſertim vbi maximum periculum animarum vertitur, vt hic. Nam vt inquit Manti. *de coniectur. vltim. volunt. lib. 3 titul. 19. num. 5.* in ſta u † conie-51 cturali, vbi faciliter decipi poſſumus, tutius videtur verbis inſiſtere. Item ſecundum Felin. *dict. cap. ſuper literis, num. 3 limitatione 4.* attenditur, eſſet Princeps conceſſurus, an non, quoties verba demonſtratiue apponuntur, non vero ſi taxatiue & reſtrictiue, vt hic dictum eſt poni.

Non etiam obſtat aliud pro prima parte adductum, ſcilicet, quod vbi ſunt plures cauſæ, licet vna deficiat, non deficit diſpoſitio, vt per Tiraquel, *de cauſa ceſſant. limitatione 22. num. 4 cum ſequentibus aliquibus & in ſexto* fundamẽto partis primæ retulimus: quia hoc eſt verum, & procedit quoties quælibet harum cauſarum de per ſe ſufficiens eſt ad cauſandum effectum; ſecus † ſi ad produ-52 cendum illum omnes cauſæ ſunt neceſſariæ; tunc enim vna earum deficiente corruit diſpoſitio, & actus, *cap. quoniam, §. porro, iuncto §. ſin autem, & ibi Abb. vt lite non conteſt. idem Abb & Moderni, in capit. cum ceſſante, de appellatio. vbi Tiraquel. dict. limitatione 22. numero duodecimo, cum ſeq. plura refert, & optime Ripa in l. ſi ventri, §. in bonis, numero decimo quarto, cum 2. ſequentibus, ff. de priuileg. credi.* Hæ tamen cauſæ in præſenti diſpenſatione expreſſæ finales ſunt, & omnes neceſſariæ vt diſpenſetur in hoc ſecundo gradu, imò & ſupplet Papa de poteſtate id quod deficit in eorum perſona, eo quod ii non ſunt Principes, neque Magnates, neque Comites, Duces, aut Marchiones, in aliis cauſis & oneribus ipſis iniunctis: ergo ſi vna earum cauſarum deficiat, omnis actus corruit & deficit: deficere tamen ex dictis conſtat, quia † vna ſororum monialis erat & 53 dotata, neque quidquam aliud ei donari poterit, *ex decreto 2. nemini. ſeſſ. 25. Concil Tridenti tum etiam ex aliis ſupra deductis.* Et quia † quando plures loco 54 vnius ſubſtituuntur, pro ſingulari perſona eſt habendus, *l. cui fundus, ff de cond. & demonſtr. notat Bald. in leg. 2. C. de impub. & aliis ſubſtitut.* & ſic vnam tantum perſonam hæ ſorores repræſentant. Quo fit, vt † ſi tribus fratribus & Petro aliquid legetur, di-55 midium capiunt fratres, & dimidium Petrus, *ex dictis per Bald. authent. ſtatuimus, C. de Epiſcopis & cleri.* Item, ſi plures repræſentant perſonas, quod † plu-56 ribus commiſſum eſt, non poteſt per vnum expediri, *§. 1. ff. de arbitr.* Ergo non ſufficit relationem in vna ex duabus iis ſororibus expediri poſſe, niſi cũ ambabus expreſſis locus detur relationi, eo quod ambæ exprimuntur, vt vna cauſa; vel ſi tanquam plures cauſæ exprimerentur, omnes ſunt neceſſariæ,

riæ, tanquam substantiales, finales, & supplicatoriæ defectus Principatus in personis dispensandis, & etiam si tanquam causæ impulsiuæ essent expressę, communior est opinio, vt dictum remanet, subreptionē etiam in causa impulsiua vitiare; & sic cessat contrarium. Nam vt constat ex Dionysio, bonum ex integra causa, malum vero, ex peculiari defectu. Item, is qui contendit in aliqua dispositione solam vnam rationem interuenire potuisse, illud præcise probare debet; alias

57 † namq; plures rationes interuenisse præsumendum erit, secundum M[illegible] *de primogen. libr. 3. cap. 5. numero vigesimo octauo*, & Ant. Gabriel *in communibus, tit. de statutis conclus. 6. numero quinto*, vbi, *num. 7.* hanc magis communem dicit.

Cessant itidem alia, scilicet, quod hæc monialis non erat competēter dotata respectu suæ personæ, quia secundum statum suum existentem tempore supplicationis, videlicet, monasticum,

58 competenter dotata erat: mulier † enim dicitur dotata etiam in vno nūmo, & ideo statutum excludens dotatam, excludit hāc, ex dictis per Bart. *in l. Titio centum, §. fin. numer. fi. ff. de condi. & demonst.* dicentem quod si filia intrauit monasterium, & pater aliquid obtulit monasterio, illud vocatur dos, & censetur dotata, & in dicto statu excludente filiam dotatam, vt dotata in minimo comprehendatur, tenet Bal. *cap. si proponente, nu. 3. de rescrip.*

59 Minus † non obstat illud, quod legatum pro maritanda puella debetur, etsi maritata sit, quia illud verum & procedit, ex eo quod testator, & sic disponens permansit in eadem voluntate, *vt declarat Tiraquel. in leg. si vnquam, verbo, susceperit, numero centesimo decimo nono, C. de reuocan. donatio.* Hic autem nescimus, an summus Pontifex certioratus persistet in eadem voluntate, vera sit vel falsa relatio, ei per hos impetrantes facta: ergo cessat dictum cōtrarium. Item, doctrina illa quod legatum relictum pro maritanda puella debeatur iam maritatæ, habet suas difficultates, vt remanet dictum *supra consilio primo*, Item, & in nostra materia dispensationis concessæ sub relatione facta, secundum

60 † relationē hanc & non aliter intelligitur responsio, *vt inquit Felinus in dict. ca. super literis, numero nono, de rescrip.* quia iuxta formam supplicationis censetur responsum datum, vt alibi diximus, & sic non militat eadem ratio doctrinæ illius, & consequēter cessat in nostrum propositum.

61 Non † obstat etiam vltimum fundamentum partis contrariæ sumptum ex text. *in cap. quia circa, de consangui. & affinit.* quia text. hic procedit ex mera Papæ gratia sic volentis ibidem dispensare, vt inquiunt omnes ibidem, & Abb. *in cap. ex parte, numero sexto, de officio ordin.* De iure enim dispensatio, de qua in illo text. nulla fuit, neque voluisset, nisi Decretalis illa postea emanasset in fauorem eiusdē dispensationis postea reualidantis eā, secundum glo. & omnes, *in eod. cap. quia circa*, & Oldral. *consilio 256. incipien. Clemens, sub tit. de rescrip. priuileg. & de consanguin. & affinit.* vbi in terminis nostris cōsuluit, quod dispensatio per sedem Apostolicam

62 in causa matrimoniali, de qua ibi, ob bonum pacis, vt scandala euitarentur, concessa, nullius roboris, nulliusque firmitatis existit, si causam ibidem expressam probetur esse falsam. Idem tenuit Ioan. Andr. *in additio. ad Specul. titul. de clandest. despon.* Ioan. Fauer. *in l. 1. in fin. C. de aduo. diuer iudi.* Car- 63 *din. consilio vigesimo nono, incipien. iudex, columna 2. versicul. item lata fuit. Dom. consilio trigesimo tertio. Anchar. consilio 241. incipien. ex tenore priuilegii.* In † gratiosis enim subreptio reputata ipso iure vitiat gratiam, quod non est in non gratiosis, quia debet annullari, *secundum Feli. dic. super literis, numero septimo, in principi. de rescrip.* Et sic tex. ille potius pro nobis, quam contra nos facit: Item ibidem erāt iam matrimonio coniuncti ac copulati virtute dispensationis subreptitiæ, & sic nimirum, quod permittatur durare eos in eodem matrimonio. Nos vero loquimur quoad coniungendum eos de nouo; facilius † enim quid impeditur ante factum 64 quam post factum dirimatur, *ex l. patre furioso, ff. de iis qui sunt sui vel alie iur.*

Minus & finaliter obstat dicere, quod hic istæ duæ sorores causa demonstrationis fuerunt nominatæ, non vero taxationis causa, & sic quod nō sit necesse istud verificari, *ex dictis per Bar. & Doctores, in l. inter stipulantem, §. sacram. ff. de verborum obligation. & per Couarru. in pract. capitulo tertio, numero 1. 2. & 3.* quia quoad nostram dispositionem hoc est falsum fundamentum, ex eo quod hic vnica conceptione verborum ambæ continentur sorores, quo † in casu taxationis causa, non vero de- 65 monstrationis apponuntur, *secundum Felin. in capitulo super literis, numero quarto, de rescript.* Et quia omnia verificari contenta in relatione Papæ facta iubetur, & cum dictione taxatiua, *si preces veritate nitantur:* Igitur cessat etiam hoc fundamentum. Ex quibus mihi semper fuit visum, non esse concedendam dispensationem hanc, sed Papam super his consulendum, quidquid alii consultores voluerint.

CONSILIVM XXXV.

De fideiussione legis de Toledo in causis executiuis data, ac de partub. & postpartubus, ac de interesse, & quando & vsquequo debeatur.

SVMMARIA.

1 *Approbator non conuenitur ante factam excussionem in bonis fideiussoris.*

2 *Promissio indemnitatis conditionalis est, & numero 3. quod talis promissor solum ad defendendum tenetur.*

4 *Principalis non potest agere contra promissorem indemnitatis, antequam damnum seu interesse patiatur, & num. 5. Quod & tunc non potest, si aliunde potest talis principalis indemnis conseruari.*

5 *Promissor indemnitatis ex damno principalis non tenetur, quoties prouenit eius culpa.*

6 *Excussio requiritur etiam si per promissorem indemnitatis renuncietur, & nu. 7. quod non facta excussione dicitur sine actione agi.*

Didacus contra Franciscum petiit executionem, & facta fuit pro quadam pecuniarum summa, pro qua in capris quibusdam ipsius Francisci fuit facta executio & apprehensio, & tandem in dictis capris fuit facta vltima subhastatio virtute sententiæ, de remate, à iudice prolatæ, dato prius fideiussore, l. de Toledo, & ad eius effectũ, & ipsius fideiussoris præstito satisdatore (*vulgo abonador*) & a͂ hac sententia de remate, capta iam virtute eius possessione dictarum caprarum, Frãciscus ipse executatus appellauit ad Chancellariam Pincianam, vbi reuocata fuit sententia de remate, & iussum bona executata, & sic capras illas restitui dicto Francisco, cum partubus & postpartubus, & data est in gradu reuisionis sententia confirmatoria huius reuocatoriæ, & executoria super ea, cuius virtute Franciscus ipse petiit executionem contra dictum Didacum & eius fideiussorem & fideiussoris approbatorem pro capris illis, partubus & post partubus, & facta fuit contra eos: in qua quidem causa & lite dubia sunt orta non leuia.

Primum an fideiussor, l. de Toledo & approbator ipsius potuerint, sicut & ipse principalis exequi, pro partubus & post partubus.

Secundum, an intelligerentur partus & postpartus in infinitum esse restituendos, vel saltim vsque ad primum partum. Et in fauorem horum executorum sequentia allegaui, & in dicta Chancellaria, dum lis esset satis discussa, & ab vna ad aliam aulam remissa, tandem in prima sententia fuit contra fideiussorem determinatum, vt pro principali, partubus ac postpartubus teneretur, & quod partus & postpartus inprimis & secundis finirentur, & vlterius non protraherẽtur, ex seq. & quoad primum dubium.

Primo excludendo † approbatorẽ dicti fideiussoris, l. de Toledo, vt ad alia post deueniamus, patet nullo modo posse cõueniri, vsq; dum & prius excussio

excussio in bonis fideiussoris fiat, eo quod approbator hic expromissor quidā dicitur & vocatur, quia censetur se ad id tantum obligare, quod à principali & sic ab illo pro quo intercedit, consequi non possit, & sic vt reo deficiente non periclitetur creditor, *vt apparet ex dictis per Ant. Gom. tom. 2. vari. c. 13. n. 3. & Affl. decis. 318.* Est † enim hæc promissio conditionalis indemnitatis, *secundum Alexand. consi. 32. n. 3. vol. 4.* indemnitasque promissa & defensionis promissio pares sunt, *secundum Bart. in l. pater, ff. de dote prælega.* & † sic promissor indemnitatis solum tenetur subire iudicium ad defendēdum, *ex textu in dict. l. pater, versicul. quod si ratum, Bal. in l. si pro ea, quæst. 12. C. manda. Alexand. relatus per Hipoly. in rubr. de fideiuss. numero 316. tenent Doctores, teste Socin Iunior. consilio 78. nume. 20. volum. 2. & Alexand. dict. consilio trigesimo secundo*, & † sic contra promissorem indemnitatis non potest agi, priusquam damnum, seu interesse principalis patiatur, *secundum gloss. & Doctores, in l. 1. gloss. 1. C. de magist. conue. quā ibi, sequuntur DD. teste Alex. consil. 199. numer. tertio, volum. 7.* imo † non potest agi contra talē promissorem, si aliunde potest indemnis cōseruari, secundum eundem Alex. *consil. 114. numero 1. 2. & 3. libro tertio*, vbi & inquit, quod si culpa illius, cui promissum est, sit damnum, non tenetur promissor. Ex † quib. infertur, esse omnino necessariam excussionem, etiam si per talem expromissorem renūtietur beneficio excussionis, & Authenticæ, præsente, C. de fideiussori. quia non est proprie fideiussor, & quia hoc in casu excussio requiritur pro complemento conditionis, non vero ex beneficio fideiussoribus concesso, *text. est in l. fin. ff. si cert. petat. & ibi omnes & relati per Ant. Gom. vbi sup. & Hipoly. in rubr. numero 314. & seq. ff. de fideiuss. & probatur, ex tex. in leg. 1. C. de conue. fisci. debi. libro decimo*, Bar. *in l. quæro, ff. locati*, vbi Alex. *in additio. ad Bar.* inquit, quod † tunc non facta excussione dicitur agere sine actione, vt & inquit Angel. *in d. l. fin. ff. si cert. peta.* & plures alii relati per conciuē nostrum Ioan. Gutierrez *in tract. de iuramento, confirma. p. 1. c. 23. numer. 22.* vbi, *num. 19.* ampliat, vt † & post litem contestatam opponi possit talis excussionis exceptio per talem fideiussorem indemnitatis, vel quanto minus à debitore consequi possit, & ibi allegat Barba. *consilio 43. n. 7. vol. 2.* dicentem communem, vt etiam si talis expromissor renunciet beneficio excussionis, requiratur. Et sic inquit optime Soci. Iun. *consi. 64. n. 1. vol. 1.* esse † valde diuersa, promitti quē penitus liberari, vel de indemnitate sibi satisdari: nam per primam promissionem est omnino quis liberandus ab omni actione, & exactione, ita quod sit sublata omnis obligatio: per secūdam vero de indemnitate promissionem obligatio remanet cum effectu exactionis: & licet tunc mediante satisdatione de indemnitate videatur ei, qui conueniretur, consultum, istud tamē multum differt à primo casu, quando quis re ipsa & penitus esset liberatus. Nam † in primis vexabitur ille conuentus fastidio & molestia litigandi, quod execrandum est, vt à multis execratur, *vt dicitur in l. item si res, §. fin. ff. de alie. iudi. mut. causa fact.* Secundo compellitur re ipsa soluere, & postea ab alio quod soluit repetere, quod solet reputari nō parui præiudicii: nostra † enim interest potius nō soluere, quam solutum repetere *vt in leg. 3. ff. de compen.* vt hæc & alia considerat Socin. Iunior. *in dict. consil. 64. numero. 1. cum 4. sequentibus, volumin. 1.* Ex quo & inquit Suarez *in l. post rem, quæst. 4. nume. 10. pag. 337.* quod † socius obligatus pro debito societatis in instrumento publico exequibili, potest petere debita ex societate solui, neq; compelli potest, vt se cum fideiussore contentet, cum fideiussor possit effici non soluendo, quod est aliud inconueniens dictæ satisdationis, de indemnitate *vt inquit Soc. su. n. 4.* Et ideo cum petis te liberari ab aliqua fideiussione, non petas tibi satisdari de indemnitate, sed omnino & penitus te & tua ab ea liberari & libera relinqui: & sic cum in præsenti approbator hic de indemnitate fideiussionis præstitæ in id, quod à fideiussore consequi non posset, sit obligatus, & hæc est conditionalis promissio, nullo modo exequi potuit ante excussionem factam & conditionem verificatam.

Secundo, quia † fideiussor hic & eius approbator & de indemnitate promissor, solum fideiussit secundum formam l. de Toledo, & secundum eius tenorem videtur approbator fideiussionem approbasse: forma autem & tenor d. l. de Toledo, de qua *in leg. 2. titulo vigesimo primo, libro quarto, reco.* quod si reuocata fuerit sentētia de remate, reddet hic fideiussor bona executata, & in quibus facta fuit hæc vltima subhastatio reo executato cū duplo, vt ex ipsa apparebit. Tenor autem hic est adimpletus, quia dicto Francisco executanti sunt restituta & reddita capita animalium ab eo captorum in dicta executione: ergo ad nihil amplius tenetur, tum † quia fideiussio est stricti iuris & debet restringi, non vero ampliari, *ex tex. in l. si. ff. de fideiusso. ibi, in amplius fideiussores, text. in l. quæro, ff. locati, ibi, nec præsint ei*, & † sic fideiussor simpliciter acceptus non tenetur ad interesse, ad quod non se obligauit, nisi ex mora propria, tex. *in leg. centum capua, ff. de eo, quod cer. loco, ibi, nec potuit*, vbi glo. augeri, inquit, quod † propter morā principalis non augetur fideiussio, & idem dicit gl. *reum* & ibi Bart. *in prin. & n. 2.* & Bal. & Paul. *in prim.* & Angel. *num. 1.* Ias. *2. & 3.* ita summant illum tex. licet teneatur fideiussor ad vsuras per principalem promissas, eo quod tunc fideiussor tanquam principalis conuenitur, cum pro eis sit principaliter obligatus, *secundum Cuma. ibi, nume. 5. & 6. & communem testatur Fano. de pigno. 2. part. membro. 4. num. 55.* & † in hac fideiussione, l. de Toledo, fructus non restituuntur, *secundum Rebuf. per nos relatum in l. fin. tit. 21. n. 143. lib. 4. recopil. de quo infra n. 27.* tum etiam, quia natura dictæ fideiussionis, l. Toleti, est tantum pro restitutione bonorū in vltima subhastatione captorum, vt dictum est, & sic licet dictus fideiussor in præsēti videatur se ad plus obligari voluisse, illud, *mas*, debet restringi, vt non excedatur terminus dictæ fideiussionis, l. de Toledo, quoniam † verba contrahentium operantur quatenus dicta mens contrahentium, & natura contractus ab eis celebratus: nam indiffinita non continet nisi ea, quæ sunt eiusdem naturæ & rationis, *secundum Bald. in*

rubr.n.11.C.de iis qui accus. non poss. Dynus in proœmio regularum lib.6.fol.4.col.2. & sic secundum Bal. *vbi sup. n.10.* statutum, quod loquitur in via iuris communis, debet exponi secundum ius commune. Quas ob res si statutũ dictat, quod † quælibet probatio sufficiat, intelligitur de legitima, *secundum Bar. in l. 1.C.de fide instrum.* Ex quibus fit, quod verba accipiuntur secundum naturam contractus, & secundum subiectam materiam, *l. si vno, in princip. & ibi Bar. ff. locati, Bal. in rub. q.9.C.de contrahend. empt. & in l.1.opp.1.C.de nego. gest. Innocen. in capit. ex literis, glo. non excepto. de iure patro.* & sic verba potius deseruiunt naturæ contractus, quam natura verbis. Vnde † quis sit contractus, inspicitur natura, non vero verba, *secundum Bal. in l.1. C. commoda. vide l. cum precario, ff. de precario. Bart. in l. vbi, de donatio. causa mort. Alexan. post glo. in l. qui Romæ, in prin. ff. de verbo. oblig.* & † sic verba, contractus trahũt rem de natura sua, *l. quæritur, alias, l. Lucius & ibi glo. C. de serui. rust. prædi.* Et sic verba illa dictæ fideiussionis (*y lo demas que se sentenciare*) indiffinite prolata, de dictis rebus executatis sunt intelligenda, præsertim † cum fideiussio, præsentia, non vero futura, consideret, & respiciat, etiam si dicatur, & ex alia quacunque re & causa: *argu. tex. in c.a sedes, de rescrip. vbi Felin. num. 3. ad fin. & Hipoly. pl[illegible] allegans in pract. §. aggredior, numero 45.* Et sic † mandatum ad lites non intelligitur, nisi ad litem præsentem, vt tutiorẽ dicit Menchaca, *controuersi. vsu frequen. numer. 13. capit. 26.* verbaque † contrahentium secundum iuris dispositionem recipiunt interpretationem, *vt per Soc. consilio decimo nono, columna 2. in fin. volumin. 1.* maxime cum † verba dubia sint intelligenda & declaranda, etiam si generalia sint, ex verbis sibi adiunctis desiunctim, vel coniunctim, *secundum Roma. consilio 231. præmissorum Doctorum, in 2. ratione, Socin. in l. 1. not. 1. ff. de rebus dubiis, Maria. Soci. Iunior. consil. 4. n. 31. volumin. 3.* Et sic in statuto prohibente alienationem per verbum generale, fit restrictio ad actus inter viuos, propter sequentia verba, solum actui inter viuos conuenientia, declarat Bal. *consilio. 253. columna 2. casus talis, volumi. 3.* Hic tamen obligatur fideiussor reddere id quod fuerit mãdatum principalem reddere, & hoc est generale verbum, & sic dubium, an principale & fructus sint reddenda, mediante hac generalitate, quod quidem declarandum ex verbis adiunctis venit, ibi (*conforme à la ley de Toledo,*) qua † quidem lege attenta solum principale est reddendum, & non fructus, quoniam ii non sunt de natura dictæ fideiussionis, *secundum Rebuf. 1. to. consti. Fran. titul. de liter. oblig. art. 5. gloss. 9. ad fin.* præsertim † cum fideiussio sit odiosa & non extendenda, *ex l. cum Hermes, cum materia, C. locati,* verbaque secundum naturam debent operari, *vt per Socin. Iunior. consilio 123. numero nono. volumin. 3.* & contra fundantem se in eis, & in † dubio, pro reo est iudicandum, *vt per eundem consilio 95. numero nono, & 61. eodem volumin. 3.* referendaque sunt verba ad proxime præcedentia, *vt per eundem Socin. consi. 100. num. 40. eod. vol.* & † secundum mentem proferentis sunt intelligenda, & ei seruire debent, quamuis aliter sonare videantur, *vt & idem in versiculo, 95. numero 77. eod. volum.* Mens autem huius fideiussoris est, se obligare tanquam fideiussor dictæ l. de Toledo: ergo tanquam talis tenebitur & non vltra, maxime, quia verba illa dictæ fideiussionis (*conforme à la ley de Toledo*) modificationem inducunt, & taxationem, ita vt non teneretur, nisi in id tantum, quod illa lex disponit, quæ vt diximus circa principale, non vero circa fructus, & quia cum † actus sit ad alterius executionem & relationem, etiamsi plus aliquid contineat, debet regulari & restringi ad metas alterius, *secũdum Deci. consilio sexagesimo tertio, numero quinto, versic. sed tamen, Menoch. consil. primo, numero nonagesimo quinto, volum. 1. ex textu in l. si tibi liberum, ff. de actio. empt. & ex aliis per eum relatis.* Ex quibus cum verba generalia præcedentia ex sequentibus sint restringenda, præmaxime cum se referunt ad verba taxatiua, & ad legem aliquam, debent restringi generalia verba per sequentia taxatiua, & specialia, neq; debet plus operari referens, quam relatum, cum † referens, insit in relato cum omnibus suis qualitatibus & modificationibus, *ex l. asse toto, ff. de hære. insti. cum materia,* & consequenter fideiussor hic liberatus remanet per restitutionem caprarum, neque ad partus earum videtur obligatus, si recte intueatur.

19 20 21 22 23 24 25 26 27 28 29 30 31 32

Tertio, quoniam dato (absq; veri tamen præiudicio) quod supradicta cessarent, executio hæc contra hunc fideiussorem & principalem condemnatum facta nulla est, tanquam facta contra ordinem & formam iuris & dictæ executoriæ iubentis, solui partus & postpartus, qui processerunt ex dictis capitibus caprarum, capita tamen hæc quot fuerint, illiquidum & indiscussum est, eo † quod id tale esse dicitur, quod per sententiam iudicis & partibus auditis non est liquidatum, *secundum Bart. in l. proinde la 2. §. si ff. ad leg. aquili. Bald. in leg. si causa, C. de execu. rei iudi. quos & alios in propositum allegat Rebuf. in 1. tom. consti. Fran. titul. de lite. oblig. artic. 1. gloss. 9. numero octauo, cum tribus sequentibus:* illiquidi † autem nõ fit executio, secundum quod diximus *in l. relata, titulo 21. libro 4. recopillat.* tum etiam quia superiis calculatores apponi non potuerunt, eo quod executoria eos nominari non iubet, neque † nominandi sunt, nisi tantum quoad id, quod in numeratione consistit, non vero in æstimatione, *vt apparet ex l. 50. titulo 5. libro 2. recopil.* & sic votum eorum non habet vim sententiæ, *secundum text. & ibi gloss. & Bart. in l. 2. C. de iure fisci libro decimo,* & † sic votum eorum nõ transit in rem iudicatam, *secundum Orosci. in leg. arbitro, ff. qui satisda. cog. columna 667. numero quarto,* nec potest executioni mandari, secundum Castillon, *in l. 27. Taur. numero 19. versiculo, quæro an super, ibi, ex quo infero,* vbi inquit, iudices † aliquos imperitos iuberi sententiam calculatorum exequi, quia executio est nulla, ex quo sententia eorum nulla fuit, cum ipsi iudices non essent, quod in facto pluries vidisse & obtinuisse testatur, præsertim vbi pars aliqua grauatam se dicit ex eorum arbitrio, & appellatum est, prout hic, & sic inquit Orosci. *vbi supra* semper posse peti reformari eorum arbitria & vota, interim quod re iudicata non sunt comprobata vel partium transactione, vt & per

33 34 35 36 37

Vero-

Vetoium, *quæstione 105. familiari, numero 2. & 3.* licet post hæc allegata factum fuerit capitulum curiarum de Madrid anni 1558. de quo *in l. 24. titu. 21. libr. 4. recopil.* iubens & nouissime, quod si calculatores sunt concordes, vota eorum per iudicem approbata sunt exequenda, non obstante appellatione, saluo tamen iure prosequendi ipsa appellationem.

38 Quarto, quia † executoria solum iubet solui & partus & postpartus, qui processerunt ex dictis capris, non vero illos qui procedere potuerunt quæ differunt multum, *vt apparet ex dictis per Ioan. Garsiam in tractat. de expensis & meliora. capit. 23. numero 45. cum sequentibus. ex leg. si fundum, Codic. de rei vendi. & ex l. certum, eodem tit.* & cum ex tribus tantum annis essent partus & postpartus numerandi, plus temporis numerauerunt & consequenter excessum est à forma & mandato dictæ executoriæ, & ab excessu appellatum est, & sic non erat exequendum votum eorum, quia ab excessu appellari potest, & reddit acta in contrarium attentata, *ex iuribus vulgaribus*, & hunc casum dictū capitulum curiarum de Madrid non est censendū

39 corrigere, cum † sit casus specialis, qui per generalem dispositionem non videtur correctus, *ex gloss. & omnibus in leg. vnica, Codic. de silentia. lib. 11. & ex regula generi, de regul. iur. in 6.*

Quinto. quia calculatores ij numerant partus & postpartus in infinitum, cum de iure amplius, quā vnum partum & alium postpartum dari non possit, neque censeatur condemnatum in amplius, per hæc verba, (*con partos y pospartos*,) † quasi

40 partus partuum & non amplius debeantur, *vt est gloss. singularis, & vnica, in leg. sed & partus, iuncto tex. ff. de ijs quæ vi. metusve causa fiunt*, sed & partus ancillarum inquit Vlpianus, & fœtus pecorum, & fructus restitui, & omnem casum oportet, Accursius *ibi in verbo, causam*, exponit fructus fructuum, & partus partuum, *vt in leg. domum, C. de rei vendi. & leg. quod si oues, ff. de pet. hæredi. & in leg. ancillarum, eod. titul. & leg. videamus, an in omnibus, in fin. principij, ff. de vsuris*, quam ad hoc alia similia adducens allegat Tiber. Decia. *respons. 49. numero 50. vol. 2.* & notat

41 Ioan. Garsia *dict. cap. 23. n. 47.* Est † enim infinitas vitanda, vt probatur *in l. 1. C. de sent. quæ pro eo quod inter. profe.* vbi Rebuf. *notabi. 1.* qui ibidem *in gloss. dupli. n. 3. p. 426. versi. præterea interesse*, inquit singula-

42 riter, quod † interesse non debeatur ex interesse, nec æstimatio æstimationis, sicut neque vsurarum vsuræ, vel vsuræ pœnæ, *l. improbum, C. ex quibus causis infami. irrog. l. fin. C. de vsuris, l. fin. C. de vsuf. rei iudi. leg. 1. C. de fisca. vsur. libr. 10. leg. fin. ff. de magist.*

43 *conue.* nec † bona fides patitur, vt bis idem exigatur, *ex tex. in capit. bona fides, de reg. iur. in 6.* Et sic inquit singulariter in propositum Tiraquel. *in l. boues, §. hoc sermone, limitatione 20. numero 6.* quod

44 † vbi tractamus de obligatione multiplicanda, si ex multiplicatione multiplicatur interesse, vel inducitur nouum damnum, non toleratur infinitas, sed restringitur, *leg. fideicommissa, §. si quis decem, de leg. 3.* Hic autem ex multiplicatione nouum nascitur damnum, & multiplicatur interesse; igitur vltra partuum partus non debemus sententiam extendere, maxime cum ex ipsa vocabuli allusione in sententia interpositi hoc colligatur, dum dicitur (*partos y pospartos*) & sic vltra duos partus non debent extendi verba hæc, prout pluribus testibus probatur, hanc esse communem omnium intelligentiam circa hæc tractantium commercia, & † communis vsus lo-

45 quendi etiam propriæ significationi vocabuli præfertur, *l. Labeo, de legat. 3.*

Neque iis obstabit alia gloss. per text. *ibi in l. cum fundus, ff. si cert. petat.* de qua per Ias. *ibi, nu. fin. nostram. glos. allegantē.* Nam vt ibi inquit Ias. glo. ibi, procedere posset, quoties res cū omni causa petitur, & iubetur restitui, vt hic: & sic in propriis terminis, me iudice in causa existente, vidi & iussi iudiciali sententia, cui & alij accesserunt, & in Chancellaria Pinciana fuit confirmata. Nam †

46 cum quadā executoria in dicta Chancellaria expedita fuisset quidam condemnatus restituere ac soluere certos nummos cuidam tertio, cum illorū numorum interesse ad respectum quatuordecim mille pro milliario, & insuper ipsius interesse interesses, iussi tantum pro secunda vice hæc interesse intelligenda; & non in infinitum, prout pars in cuius fauorem erat executoria expedita volebat, & cum ad huius partis petitionem fuisset hæc res per appellationem ad dictā Chancellariam deuoluta, mea sententia fuit confirmata. Imo & horum partuum & postpartuum maxima est consideratio habenda: nam communes omni anno pariunt; sunt enim plures earum steriles, quæ vulgariter vocantur, *machorras*, & infructiferæ, & aliæ moriuntur, & aliæ sunt senes, & plurimi partus earum occiduntur antequam possint fructificari, & sic cum maxima consideratione horū partuum & postpartuum declaratio facienda est præmaxime cum & testibus probatum sit,

47 harum † caprarum fructus & partus esse paruos; solet enim pro vnaquaque capra solui pro eius fructu duos nummos argenteos, vulgo, *dos reales*. & aliquando datur per duos aut tres annos, vt in eodē numero & ætate restituantur, fructibus interim perceptis applicatis ipsi se sic obliganti: Præ-

48 sertim † quod ex tempore quo lis durauit super reuocatione, aut confirmatione executionis primæ (super qua hæc executoria iubens restitui partus & postpartus fuit expedita) nulli fructus debenter, etiam in iudicio vniuersali petitionis hæreditatis in quo fructus augent hæreditatē, *l. heres furiosi, §. si ff. de petitione hæredi. & in l. 1. C. eodē tit. vbi omnes:* & † quanto minus in iudicio particulari, in

49 quo non possunt fructuum vsuræ deberi, *ex l. item eorum, ff. de vsur.* quia officium iudicis officio seruire non debet nec potest, *ex glo percepit in d. l. heres, & in d. l. item eorum.*

50 Sexto, quia & vltra dicta, cum † iste huius executoriæ executor, non sit merus sed mixtus executor; is enim, qui datus est post sententiam ad exequendā ipsam, non discusso prius negotio executionis: & ratio est, quia is cui datur commissio est iudex, cum in actu executionis multa possint allegari, vt inquit optime gloss. *2. l.*

52. tit.

52.tit.18 part.3. Rebuf. *in dict.1.tomo.consti. Franc. tit. de senten.exeq.articul.7.gloss.16.num.1.* & additio. ad repertorium Felin. *in verbo, executor* mixtus, vbi & inquit *in versiculo, sequent.* cognoscere de omnibus exceptionibus concernentibus executionem sententiæ, & quod male facit iudex non admittẽs exceptiones illas, quæ habent impedire executionem sententiæ, & † tenetur super eis iudicare, etiam si esset merus executor, dum constat de iniustitia executionis, & de veritate exceptionum, *secundum gloss. & omnes, in capit. de cætero, extra, de re iudic. gloss. in capi. etsi non, 25. quæst.2. Felin. in cap. pastoralis, §. quia vero, de offic.io deleg. Menoch. de arbi.iud. lib. 2.q.38 n 20.& 21.& 22. Roma. consil. 51.* & exceptiones per executatos allegatæ vrgentes sunt, non solum vt impediretur fieri executionem, verum vt facta annullaretur & reuocaretur, eo † quod manifesta iniustitia & nullitas eius impedit executionem etiam trium sententiarum, vt communem testatur Ias. *in leg. de pupillo, §. si opus, numero 8. ff. de noui. oper. nuncia.* Couarru. *in practi. capit. 25. numero 2.* Imo † & quælibet nullitas impedit executionem, *secundum Dida. Perez lib.3. ord. columna 1081. versiculo, exceptio nullitatis, & Auend. cap. 30. per totum, numero 9. lib. 2. Villalobos in erario suo litera. E. numero 253. cum 4. sequentibus,* & ideo nimirum, si cum hæc non obseruauerit executor iste, omnia in contrarium acta nulla sint, maxime attentis dictis à Bart. *in leg. proinde, la 2. §. fin. ff. ad leg. aquili.* & Rebuf. *in dict. 1. tomo, titul. de liter. oblig. articulo. 1. gloss. 9. numero 8.* Imo & excedit iudex hic non obseruans commissionem, in audiendis partibus & super exceptionibus non pronunciãdo, & cum ab hoc appellatum sit, appellatio † hæc ab excessu continet ita effectum suspensiuum, sicut deuolutiuum, *secundum tex. & ibi gloss. in l. ab executore, C. quorum appellatio. non recip. l. ab executore, ff. de appellatio. optima l. 52. in fin. tit. 18. par. 3.* Et sic inquit Bal. *in c. licet, in fin. de offic. ordi.* & Felin. *in cap. quoad consultationem, nu. 20. in fin. de re iudi.* quod nulla causa est in mundo, in qua non possit appellari ab excessu modi: excessus † autem hic secundum dictas glossas & Doctores relatos, & maxime Vero. *consil. 32. nu. 15. lib. 3.* consideratur tripliciter: Primo ratione temporis: secũdo ratione exceptionum: tertio ratione rei: Quoad primum, si non concessit tempus competens, prout hic, non est concessum, quia non fuit data copia rationum ad allegandum contra eas, tempus legitimum ad hoc non fuit assignatum. Quoad secundum in non admittendo grauamina contra rationes allegata? Quod tertium, scilicet, ratione rei, iubendo solui id quod sententia nõ continet, partus & post partus vltra bis taxando, & alia iniustissima faciendo, quæ tamen omnia ex dictis in Cancellaria, vt iam diximus reuocata sunt, & iussum vnum partum & alium postpartum numerandum, & non amplius, habita itidem consideratione ad capras illas, quę fructificari tunc possent. Sed quoad fructus, & sic quoad partus & postpartus, supradictis non obstantibus, fuit fideiussor I. de Toledo, condemnatus cum principali partus, & post partus restituere, & sic ad fructus, approbator tamen & sic expromissor fuit solum condemnatus facta prius excussione in bonis fideiussoris, & sic in omnibus. Hoc excepto fuit pro nobis attentis supradictis executoria determinatum in dicta Cancellaria Pinciana.

CONSILIVM XXXVI.

Circa priuilegium Antoniæ Garsiæ an hodie cesset quoad exemptionem in eo concessam Regiorum tributorum, & Conciliorum.

SVMMARIA.

1. *Vis maior non potest esse in termino referente, quam in eo ad quem fit relatio.*
2. *Dictiones, etenim, prout, aut secundum, inducunt conditionem, & n. 8.*
3. *Priuilegium concessum ad instar alterius, an operetur aliquid, dum non constat de priuilegio iam concesso, & nu. 7.*
4. *Priuilegio reuocato, an & censeatur reuocatum ad illius instar concessum, & n. 5. Reprobatur quadam gloss. regulæ Chancellariæ de hoc agente.*
6. *Rex nunquam præsumitur tertio velle præiudicare.*
8. *Dictio, secundum, in priuilegiis continet causam confirmatiuam.*

IN materia & proposito priuilegii Antoniæ Garsiæ, de quo supra in consilio 17. dictum est, fuit etiam in facti contingentia dubitatum, an dictum priuilegium cessaret hodie quoad tributa & Regias contributiones & Conciliorum: & videbatur dicendum quod sic. Nam cum hoc priuilegium sit concessum ad instar priuilegii concessi illis vicinis villæ de Valderas, quorum priuilegium restrictum est per leg. 17. titul. 18. lib. 9. recopil. restrictum etiam censetur & priuilegium Antoniæ Garsiæ, & suorum: nam † non potest esse maior vis in termino referente quam in eo ad quem fit relatio, *ex tex. & eius materia, in leg. asse toto, ff. de heredi. insti. & alibi sæpius diximus, & in priuilegiis tenet M. Anto. Euge. consilio 92. numero 18. & 19. lib. 1.* præsertim si in dicto priuilegio Antoniæ Garsiæ esset dictum, quod gaudeant ipso, prout gaudebant dicti de Valderas; nam tunc gaudium hoc esset regulandum secundum illos de Valderas, quorum priuilegium restrictum est per dict. l. 17 & consequenter & illud Antoniæ, restrictum erit. Dictiones † etenim, *prout, vel secundum,* conditionem inducunt, *ex gloss. consuetudines in cap. contra morem 100. dis. & Abb. post Inno. in cap. inter dilectos, ante n. 10. de fide instru.* vbi & Feli. videtur velle, quod priuilegium ad instar alterius concessum, etiam si in eo totus tenor inseratur, nihil operatur, nisi constet de priuilegio iam concesso: refert idem Felin. *in c. 2. n. 3. de rescrip. Ias. in l. admonendi, nu. 31. ff. de iureiur.* quod etiam in priuilegio ad instar concesso tenet Rofredus ita in curia seruari testans *in libel. cano. tit. de relig. domi. col. 2. ver. & intelligas ita sane, & in versi. item si dicitur in priuilegio ad instar,* quod dictum

dictum refert Archid. *in cap. si Papa circa medium, de priuile. in 6.*

Sed ijs nō obstantibus contrarium consului & defendi, & sic fuit iudiciali sententia determinatum, scilicet, quod per d. l. 17. non censeretur restrictum priuilegium dictæ Antoniæ Garsiæ, sed potius gaudebunt ipsa Antonia & sui dicto priuilegio, de Valderas, nunc sicut & tempore concessionis gaudebant ipsa & sui, & illi de Valderas.

4 Nam † priuilegia concessa ad instar alicuius alterius priuilegii, reuocato tali priuilegio, non censentur reuocata, neque restricta illa priuilegia ad instar illius concessa; nisi relatio esset facta per modum causæ fiendæ, veluti si Societati Iesu fuissent concessa priuilegia Mendicantium, quibus, seu prout ipsi Mendicantes vtentur, & gaudebunt: nam tunc, cum gratia & concessio priuilegiorū semper ab vsu Mendicantium dependeat cessante illo vsu, gratia quoque cessare debet, secus vero si concessio facta sit (prout in dicto priuilegio Antoniæ Garsiæ) per modum causæ iam factæ, puta cum Societati Iesu conceduntur priuilegia, quibus Mendicantes tempore concessiōnis vtebantur, & gaudebant: tunc enim non censentur reuocata priuilegia ad instar, etiam si illa reuocentur, ad quæ relatio facta fuit. Ita tenet Bal. *in l. omnia, q. 2. C. de Episcopis, & cleri. in l. quidquid, C. de aduo. diuer. iudi. Abbas, in c. fin. col. 2. versi. sed quæritur, ne cleri. vel mona. Soci. in l. 1. post principium, versic. posset tamen, & ibi Ripa, n. 8. de leg. 1. Afflict in c. vnico, verbo. portus n. 19. cum seq. quæ sint regal.* & eis relatis hanc communem testatur opinionem Horatius Mandosius *in tractat. de priuile. ad instar, quæst. 6. in 18. vol. diuers. Doctorum*, vbi

5 † ex hoc reprobat gloss. antiquam regulæ Chancellariæ 10. *charta. 1. & super vlti. regul. charta penul.* dum quærit, an reuocatis descriptorū priuilegiis, intelligantur etiam reuocata priuilegia ad eorū instar certis curiæ officialibus concessa, & inquit quod sic: sed aduersatur dictæ communi, licet dictum suum sit verum, non ex eo quod priuilegia descriptorū sint reuocata, sed quia temporalia erant, non vero perpetua, nos vero in perpetuis loquimur, & sic non obstat illa doctrina nostræ communi opinioni.

Minus obstat primum fundamentum pro prima parte adductum, quod relatum inest in referente, &c. Nam potius est pro nobis, si bene consideretur, eo quod si relatum inest in referente, idem quod inest in relato, & sic in priuilegio de Valderas, inest etiam in referente Antoniæ Garsiæ, & sic indistincte Antonia & sui gaudent & nunc dicto priuilegio de Valderas, cum per modum causæ iam factæ relatio hæc fiat. Neque est censendum legislatorem restringentem in dicta l. 17. priuilegium illud de Valderas, velle restringere etiam priuilegium dictæ Antoniæ, cum † iuri

6 iam quæsito tertio, alteri non est censendum voluisse præiudicare, cum id Regiæ intentionis non sit, *ex late dictis per nos in l. 14. tit. 3. lib. 1. recop. & alibi. ibidem in 4. lib.*

Non obstat etiam secundum fundamentum, de dictione, *prout*, vel *secundum*. Nam vltra quod in priuilegio dictæ Antoniæ concesso, si bene memini, non sit inserta, etiam si inserta esset non inducit conditionem in priuilegiis, maxime in ijs in quibus potuit disponens de nouo disponere, vt veriorem & communiorem opinionem testatur Horatius Mandosius, *vbi supr. quæst. 5. in fine*, dicens sic in Rota approbatum in causa Archiepiscopi Toletani cum Duce de Alua, anno 1550. Et † sic tunc non est necesse constare de pri- 7 uilegio ad quod fit relatio, dum tamen eius totus tenor inseratur in referente, vt tenent Roma. & relati per Mandosi. *in dict. quæst. 5. numero 9.* vbi reprobat gloss. illam dicti capit. contra morem, & eam sequentes, & idem tenet Anton. Gom. *in leg. 1. Tauri, numero 11.* Et sic inquit Mart. Laudensis *in tracta. de priuileg. & rescript. quæst. 75.* quod † dictio, *secundum*, in priuilegio continet causam 8 confirmatiuam, & Natta *consilio 340. ad subuertendum, numero 17. libr. 2. & consilio 636. multa sunt, numero 172. & seq. lib. 3.* Et postquam sic consului, & defendi, & causa fuit determinata prodita est in lucem lectura quædam super legibus Tauri edita à Guillen de Ceruantes Hispalensi, qui *in leg. 9. Taur. numero 42.* ita tenet & asseruit se & alios Regni procuratores in curiis de Madrid sustinuisse.

CONSILIVM XXXVII.

Pro depositanda quadam puella, vt libere nubat, & an Rex super hoc possit adiri.

SVMMARIA.

1 *Grauamen appositum per testatorem cuidam fœminæ de nubendo cum consanguineo sub amissione maioratus ab eo instituti, an valeat, & numero 2. ampliatur etiam si inter eos dispensatio consanguinitatis requiratur.*

3 *Acceptatio & approbatio ex habitu & possessione inducitur.*

4 *Actum faciens visus est se obligare ad dispositionem legalem super actu illo constitutam.*

5 *Ingrediens collegium, confratriam vel ciuitatem tanquam ciues, remanet obligatus ad omnia statuta onera & grauamina in ijs locis constituta.*

6 *Forensis volens vti statuto ciuitatis pro se, tenetur & eo vti contra se.*

7 *Testator dicitur legislator.*

8 *Commodum qui sentit sentiat & incommodum.*

9 *Affectio testatoris præsumitur in consanguineum magis coniunctum, & illum vocasse.*

10 *Ordo affectionis quoties inter plures cadit intelligitur ordine successiuo.*

11 *Depositum peti non potest, nisi ab habente ius in eo.*

12 *Rex noster Concilij Tridentini protector est.*

12 *Matrimonii libertatem impedire prohibitum est.*

13 *Regum officium proprium est, facere iudicium atque iustitiam, & liberare vi oppressos de manu calumniantium.*

14 Negans

14 *Negans fauorem debitum oppressis quodammodo Christum necare videtur.*
15 *Regia potestas instituta est, vt sanctorum Patrum decreta saluberrima executioni mandari faciat.*
16 *Iudices subditos suos defendere tenentur à violentiis & ne à potentioribus opprimantur.*
17 *Sequestrum ob euitanda scandala permittitur, maxime inter personas principales.*
18 *Iudicis officio incumbit loca tuta & honesta partibus assignare.*
19 *Puella quomodo & quando in loco tuto collocanda, quando de eius matrimonio tractatur.*
20 *Puella libera est relinquenda & deponenda. quoties à matre tutrice fuit alicui in matrimonium promissa, cùm ad ætatem peruenerit, & n. 25.*
21 *Depositum quando faciendum iudicis arbitrio relinquitur.*
22 *Depositum quando remoueri possit.*
23 *Auxilio nouo indigent quæ de nouo emergunt.*
24 *Rege adito super aliqua re pœnitendum non est.*

TEstator quidam in suo testamento ita cauit, *Item dico, quod si euenerit casus, quod in domo & maioratu meo in defectum masculi succedat fœmina, iubeo quod fœmina hæc nubat cum viro meæ prosapiæ, & nominis de los Sarmientos, & quod hoc nomine vocetur, &c.* Et addit etiam dicens: *Quod si fœmina hæc, vel alius aut alia, qui in hac domo & maioratu successerint, non seruauerint iussa mea, ipso facto perdat maioratum, & transferatur in consanguineum propinquiorem cum eisdem clausulis & conditionibus, &c.*

Successit nunc casus hic à testatore dispositus scilicet, quod in defectum masculi domus hæc & maioratus deuenit in fœminam, quæ quidem secundum dictã dispositionem est adstricta nubere cum viro dictæ prosapiæ, de los Sarmientos, quorum quidem adest verus descendens ab eis, ex dicto genere & familia de los Sarmientos. Sed quia dicta fœmina non est nubilis ætatis, & constituta est sub matris eius potestate, tanquam tutricis dictæ suæ filiæ, & nobilis hic descendens ex dicta familia, timet, quod si fœmina hæc persistit in potestate suæ matris eius tutricis, non desinet filiæ huic libere nubere, neque adimplere dictã conditionem, etiamsi ea non adimpleta perdat hunc maioratum, vult petere à Rege nostro, vt deponitetur fœmina hęc extra matris potestatẽ in loco tuto, vbi libere possit voluntatem hanc declarare, an velit nubere cum dicto nobili viro dictæ familiæ de los Sarmientos. Quæritur nunc, an secundum ius id petat, & teneatur Rex ac dominus noster iubere dictum sequestrum ac depositum fieri dictæ fœminæ, etiam abstrahendo eam à matris potestate, quæ nimis impedit dictum matrimonium & contradicit ne fiat. Cui quidem dubio super eo consultus respondi, id peti posse à Dn. nostro Rege & ipsum sic de iure teneri ex sequentibus.

Pro cuius dubii declaratione supponendũ 1 est primo, dictam † conditionem & dictum grauamen huic fœminæ impositum, scilicet, vt nubat viro dictæ familiæ, de los Sarmientos, sub amissione dicti maioratus apponi per testatorem potuisse, & seruandam esse, eo quod per eam non tollitur libera nubendi facultas, sed solum inuitatur spe præmii affirmatiuè ad nubendum cum viro dictæ familiæ, quod de iure licitum est, *ex leg. Titio centum, §. Titio centum, ff. de condi. & demonst. & ibi communiter DD. & Mol. alios referendo, de primoge. lib. 2. c. 13. n. 1. & seq.* adeo † vt etiam si esset consan- 2 guineus talis fœminæ, valeret conditio, & tenebatur fœmina hæc procurare dispensationem ad nubendum cum eo, *vt per Moli vbi sup. n. 7. & Pelaez de maiora. 4. p. q. 40. n. 20. & latius diximus, sup. con. 4.*

Secundo supponendum est, quod † cum 3 fœmina hæc, & eius nomine mater tutrix sua acceptauerit hunc maioratum, & possessionem eius habeat, & cum eum habeat & possideat, ex hoc solo videtur illum acceptasse, *ex d. per Bar. in l. cum tabernam, § idem quæsiit de pignor. & Pelaez de maiora. 1. par. q. 36. n. 8. cum seq.* consequenter videtur se obligasse ad omnia onera & grauamina implenda in dicta clausula contenta & comprehensa. De iure † enim omnis ille, qui facit aliquem actum, 4 visus est se obligare ad dispositionem legalem super actu illo constitutam; vt est notabilis Bal. doctrina *in l si duo, ff. de acquirend. hæredi.* & aliorum relatorum per Pelaez. *vbi sup. 1 part. quæst. 60. nu. 9. & Menoch. de adipiscen. possess. n. 135.* & † quilibet ingre- 5 diens collegium aliquod, confratriam, aut ciuitatem, tanquam eius vicinus, remanet obligatus ad omnia statuta, onera & grauamina in tali collegio, vniuersitate, confratria, vel ciuitate constituta, *secundum Alexand. consi. 103. n. 9. vol. 2.* & † foren- 6 sis qui vult statu ciuitatis vti pro se, debet vti contra se, *secundum Socinum. consi. 120. n. 20. vol. 1. & tradit Iaso. in l. contra iuris, §. si. ff. de pact. Cassane. in consuetud. Burgundiæ rubri. des droitz. & appar. rubri 4 §. 2. super verbo, se lon la general costu. fol. 134.* Testator † autem 7 legislator est, *vt in authent. de nuptiis, §. disponat. col. 4. late Socin. Iunior. cons. 124. n. 12. & 13. vol. 1.* Ergo quod hic disposuit, debet fœmina hæc obseruare, & ad eius obseruantiam videtur se adstrinxisse, eo ipso quod acceptauit maioratum, & sub eius pœnis: nam & † qui commodum sentit, & onus etiam ex 8 illo resultans sentire debet, *ex cap. qui sentit. de regul. iur. in 6. & ex textu in dict. leg si duo, quam ad hoc vltra Doctores, ibi notat Peralta, in leg. hæredes, in princip. numero 13. cum aliquibus ante & post, de leg. 2. & Mexia in pragma. taxæ panis conclu. 6. numero 14 fol. 99. & ex leg. vnica, § pro secundo. Codic. de cadu. tollen. ibi: Sed omnes personas, quibus lucrum per hunc ordinem defertur, eas etiam grauamen, quod ab initio fuerat complexum, omnino sentire, siue in dando sit constitutum, siue in quibusdam faciendis, vel in modo, vel conditionis implendæ gratia, vel alia quacunque via excogitatum. Neque ferendus est qui lucrum amplectitur, onus autem ei annexum contemnit.* Nobilis autem hic prætendens fœminam hanc deponi, est propinquior descendens, ex dicto cyppo & familia, de los Sarmientos, & † quem testator visus est vocare, & 9 in virtute ad hoc matrimonium, & affectionem suam in eo in hoc casu posuisse *ex §. si plures, Inst. de legi. agna. success. & ex leg. 5. §. si duo, de legi. tutel. leg. hæredes mei, §. fin. ff. ad Trebellia. notat Deci. consilio 1. numero 5.* Et sic videtur, testatorem mutasse il os de fa-

de familia, ordine successiuo, secundum ordinem affectionis, qui colligitur penes proximiores, vt concludunt DD. magis communiter teste Bartholomæo Socino *consilio 49. nu. 1. vol. 1.* Quoties
10 † enim dispositio fit sub nomine collectiuo vel complexiuo plurium, inter quos cadit ordo affectionis, talis dispositio respicit ordinem successiuum, tex. vbi gloss. Bar. & omnes, maximè Peralta *in l. cum ita legatur, §. in fideicommisso, de leg. 2.* vbi *num.* 5. inquit, quòd vbi ex pluribus electis non potest possidere nisi vnus, primo nominatus (qui vt dixi, proximior cyppi censetur) præfertur.

Ex quibus deueniendo ad determinationem quæstionis, & dubii supra positi, dico, quòd cum dictus nobilis, tàm ex iuris dispositione, quàm ex serie cuiusdam testamenti & scripturæ sit ille, qui ad hanc vocationem est inuitatus & vocatus, & formalis pars in hoc casu interessata, & sic in eo concurrit principale requisitum ad petendum dictum depositum, & sequestrum dictæ fœminæ, quod
11 † quidem depositum per alium quàm per ius habentem peti non potest, *secundum Baldum in l. cum proponas, C. de bonis authorit. iud. poss. l. si is à quo, ff. vt in posse. leg. notat. Rebuf in 3. tomo Consti. Fran. tit. de sequestr. art. 1. gloss. 1. numero 21.* potest optimè & iustè petere hoc depositum: maximè cum mater eius tutrix publicè asseruerit, potius cum homine vili ducturam esse filiam suam hanc, quã cum hoc nobili & illustri viro. Et consequenter his sic consideratis Regem nostrum, & Christianissimum teneri quodammodo iubere, vt fiat dictum depositum, ex multis rationibus probatur.

Quarum prima est, tanquam protector & defensor sacri concilii Tridentini. *vt habetur in eo sess. 25. in decreto de recipiendis & obseruand. decret. conci. pag. 378. & ex Paz. in sua praxi, tom. 2. vlt. pralu. n. 10. fo. 12. Nosq; etiam diximus in l. 2. tit. 6. lib. 1. recop. versi. septimo,* & consequenter decreti 9. de refor. *sess.* 24.
12 eiusd. concilij, Trid. vbi † impedientes libertatem matrimonii annathematizantur, iis verbis: *Itaque plerumq; dominorum temporalium ac Magistratuum mentis oculos terreni affectus, atq; cupiditates excæcant, vt viros, & mulieres sub eorum iurisdictione degentes, maximè, diuites vel spe magna hæreditatis habentes, minis & pœnis adigant, cum iis matrimoniũ inuitos contrahere, quos ipsi domini, vel Magistratus illius præscripserint. Quare cum maximè nefarium sit matrimonij libertatem violare, & ab eis iniurias nasci, à quibus iura expectantur: Præcipit Sancta Synodus omnibus cuiuscunq; gradus, dignitatis, & conditionis existant sub anathematis pœna, quam ipso facto incurrant, ne quouis modo directè, vel indirectè subditos suos, vel quoscunque alios cogant, quominus liberè matrimonium contrahant.* Et ex *l. 10. & 11. tit. 1. lib. 5. recop.* vbi diximus, idem præcipit legislator, & quod super hoc Regiæ prouisiones in eius consilio petentibus dentur: & qui mederi hæc potest, & negligit, consentiens iudicatur, & pœnis Concilii irretitur: non enim est sine culpa ille, qui cum possit, manifesto facinori desinit obuiare: Regum-
13 que † officium est proprium, facere iudicium, atque iustitiam, & liberare de manu calumniantiũ vi oppressos, *can. Regum, 23. quæst. 5.* imo vult tex. *in can. omnis, 7. quæst. 1.* quod † si quis negauerit oppres- 14 sis fauorem debitum, quodammodo ipsos necare videtur, Regiaque † potestas *ex tex. in Authen. quo-* 15 *modo oport. Episcopos,* ad hoc inter cætera est instituta, vt sanctorum Patrum decreta saluberrima executioni demandari faciat, & inuiolabiliter obseruari, iudexque † subditos suos defendere 16 tenetur, & ad eius officium spectat prouidere, ne alicui fiat violentia, & ne potentiores minus potentes opprimant, *ex l. illicitas, in prin. & ibi Bald. ff. de offic. præsid.*

Secunda ratio est ob euitãda † scandala inter ita 17 principales personas ex contrario facto oriũda & quę oriri possent, ex tx. *in l. si vsusfructus, §. sed si inter duos, ff. de vsufruct. & quemadm. quis vtetur & fruatur,* & ex tex. & ibi Abb. *n. 12. in cap. 2. de sequest. posses. & fruct.* vbi inquit, hac de causa hanc vocari sequestrationem necessariam, & ex latè dictis per Loa. *in alleg. de mula, 1. dubio. in respon. ad 5. & 7. argu. nu. 74. cum plurib. sequentib.*

Tertia itidem ratio est, quoniam † ad offi- 18 cium iudicis pertinet, partibus signare loca tuta & honesta, *vt in can. hortamur, 2. quæst. 9. & leg. si tum dies, §. arbiter, ff. de arbit. notat. glos. nihil. in ca. cum locum, de sponsal.* aliàs *secundum glos. ibidem* appellari potest.

Quarta verò & peremptoria ratio est, quoniam sic in terminis decisum reperitur *in d. cap. cum locum, ibi: Quocirca mandamus, quatenus † puellam, de* 19 *cuius matrimonio ventilatur quæstio, in domo, in quam nihil eam timere oporteat facias honestè teneri, donec prædicta causa terminata fuerit,* quem tex. ad hoc notat Cou. *in 4. 2. part. cap. 3. §. 6. nu.* 2. vbi hoc ampliat, vt procedat etiam si super hoc nulla adfuisset controuersia, si iudex intelligit, quod † liber 20 consensus alicuius puellæ in matrimonio contrahendo impediri posset, debeat eam in loco tuto ponere, vbi liberè voluntatem suam declaret, *ex l. 3. in fi. ff. de liber. homi. exhi.* Ex quo inquit, quasi in nostris terminis Pau. Cast. *consilio* 127. *vol.* 1. relatus per Coua. *vbi sup.* quod si mater aliqua tutrix suæ filiæ promiserit alicui, se cum eo filiam ducturum, quę est minoris ætatis, cum ad perfectam ætatem peruenerit iudex debet interponere officium suum, vt filiam hanc in loco tuto ponat, vt postquam ætatis sit perfectæ ad contrahendum matrimonium liberè nubat, quod est singulare ad nostrum propositum: ex † causaque etiam si 21 non sit de expressis in iure, cum arbitrio iudicis consistat, & ex apparentiis debeat id iudicare, debet sequestrum & depositum facere, *vt inquit Abbas in d. c. 2. & fin. de sequest. posses. & fruct. & Rebuf. in 3. tomo tit. de sequestris, art. 1. gloss. 2. num. 6.* adeo, vt † 22 etiam si tale depositum fuisset antea factum penes matrem, potest iudex ex noua causa illud remouere. Ex causa enim mortuo primo sequestrario, vel male gerente, vel administrante, potest iudex alterum subrogare, *ex dictis per Card. in clementina 1. quæst. 20. de sequest. pos. & fruct.* Ea † 23 enim quæ de nouo emergunt, nouo indigent auxilio, *l. de ætate, §. ex causa. ff. de interro. actio ca. pastoralis, de exceptio.* & propter nouam emergentem

causam, licet multa fieri quæ alias non licerent, *vt per Hippolytum in l.1.§.fin.n.21.cum sequentib. plurib. ff.de quæstio.* Et sic etiam si sequestrum hoc & depositum huius fœminæ antea non esset petitum, posset nunc peti, ex noua causa matris huius dicentis, se non permissuram filiam suam ducturã cum isto domino eam petente adimplendã conditionem voluntatis dicti testatoris. Ex quibus † 14 supplicandum est Regi ac domino nostro, qui iam in dicto deposito incepit nanum ponere, neque alii supplicari potest, cum ipse Rex inceperit, *ex tex. & eius materia in c.nostrum de appellatio. Bal. & Ange.in l.Iudicium soluitur, ff.de iudiciis, Anchar.consi.58. Fran.Becci. consi.3.n.67.* vt sequestrum & depositũ hoc iubeat fieri, cum ipse Rex ac dominus noster subditos suos protegere debeat, & vi oppressis subuenire, & decreta sanctorum Patrũ ac Conciliorum omni posse custodiri facere. Et postquã iamdiu hæc consulueram & scripseram, peruenerunt ad manus meas duo volumina consiliorum Aymo. Crauettæ, qui *in consil.190.* ex professo in simili facto sic consuluit, & gauisus sum admodũ eum videre, sic cum dictis concordantem.

CONSILIVM XXXVIII.

Debita contracta ante matrimonium, & soluta post ex bonis mariti & eorum fructibus, an lucralia dicantur: & domus constructæ in quibusdam defensis maioratus an ei accrescant: & clausula, bonis liberis deficientibus, an subintelligatur in facultate concessa ad imponendos census super bonis maioratus, si non exprimatur: & iam quod subintelligatur quoad solutionem census an prius sit deueniendum quoad specialem hypothecam bonorum maioratus vel generalem liberorum.

SVMMARIA.

1 *Vxor secunda non tenetur ad solutionem debitorum contractorum per maritum ante matrimonium contractum inter eos.*

2 *Vxor secunda non tenetur ad dotem filiæ primi matrimonii.*

3 *Vxor secunda non tenetur de alimentis præstitis filiis primi matrimonii neque de quoquam alio consumpto in bonis horum filiorum.*

4 *Intellectus, leg.46. Tau. de qua in leg. 6. titulo 7. libr. 5. recop. numero 4. vbi latissimè, & num. 5. ampliatur eius decisio, siue de nouo fiat ædificium vel reparetur.*

6 *Ædificia facta in bonis maioratus, si sine eorum detrimento, possint tolli an dicto maioratui cedant.*

7 *Arma, vel alia res maioratui immissa, an maioratus efficiantur, & numero 8. Quid si adest protestatio expressa in declarationem animi sui.*

9 *Iurisdictio acquisita per possessorem castri alicuius, vel populi maioratus, an efficiatur ipsius maioratus.*

10 *Maritus faciens impensas magnas in bonis maioratus animo fraudandi vxorem in eis nihil agit, & sic reuocantur quatenus vxori præiudicant.*

11 *Creditores mutuantes possessori maioratus pro melioratione in eo facienda, an in meliorationibus debita recuperent. & numero 12. Quid quoad reparationem & refectionem.*

13 *Creditor mutuans ad refectionem bonorum maioratus recuperat expensas vtiles & necessarias à possessore, & numero 14. concordia assignatur per authorem.*

15 *Maioratus bona possidens tanquam libera an recuperet quod in eis expendit.*

16 *Clausula (bonis liberis deficientibus) an intelligatur in facultatibus à Rege concessis ad imponendos census super bonis maioratus.*

17 *Princeps in dubio non est præsumendum velle alicui præiudicare.*

18 *Clausula (motu proprio) non extenditur ad insolita, & non consueta.*

19 *Citatio illius requiritur cuius de iure priuando agitur.*

20 *Princeps concedens facultatem disponendi de bonis maioratus, nisi facultas intelligeretur sub clausula (bonis liberis non stantibus) remaneret obligatus ad satisfactionem damni ex hoc prouenientis maioratus successori.*

21 *Clausula (bonis liberis deficientibus) non intelligitur in facultatibus à Rege concessis de alienando res aliquas maioratus in proprietate. & n.22. declaratur quando iusta causa adest & ampliatur, quando sic constat de voluntate Regis, vbi n.21. aliqua ad hoc iusta causa apponuntur.*

23 *Creditoribus concurrentibus quibus vnis ex Regia facultate pro debitis specialiter hypothecata sunt bona maioratus, & aliis posterioribus generaliter reliqua bona libera, an in præiudicium posteriorum de bonis dictis liberis priores soluantur. & n.24. & n.28. ampliatur, quando priores creditores habent etiam hypothecam generalem cum speciali, vbi vsque ad n.fin. contraria referuntur opiniones in hoc.*

25 *Vxor ex acceptatione bonorum lucratorũ durante matrimonio, efficitur debitrix debitorum contractorũ, durante matrimonio.*

26 *Actio & passio in eodem subiecto concurrere non possunt.*

27 *Clausula quod specialis hypotheca generali non præiudicet, vel è contra quid operetur, & ibidem quid de intellectu, l.2.C.de pign.*

29 *Intellectus, l.2.C.de pignorib. & nu.30.*

31 *Creditores priores posterioribus in solutione præferuntur, & nulla pia causa contrarium patitur.*

IN facto consultus ad petitionem cuiusdam magnatis nostri Regni dubiis sequentibus respondi.

Primum dubium.

Num debita contracta ante secundum matrimonium, soluta tamen ex fructibus bonorum mariti decursis, durante illo secundo matrimonio,

monio, quoad vxorem hanc secundi huiusmodi matrimonii, iudicentur lucralia, ita, vt ex bonis mariti soluatur medietas horum fructuum in solutionem talium debitorum conuersorum. Et an idem sit in dote data filiæ primi matrimonii, & soluta ex fructibus decursis in hoc secundo matrimonio.

Secundum dubium.

An domus quædam constitutę in quibusdam defensis maioratus accrescant maioratui, vel sint hæredum constituentis, & vxoris eius tanquam lucralia.

Tertium dubium.

Nunquid si in facultatibus Regiis concessis ad imponendos census super bonis maioratus nõ sit adiecta clausula illa (*bonis liberis deficientibus*) an adhuc tunc intelligatur ac si posita esset.

Quartum dubium

An iam quod dicta clausula sit intelligenda, etiã si in dictis facultatibus non apponatur, deueniendum sit prius pro censuum solutione super tali maioratu impositorum, virtute dictarum facultatum ad specialem hypothecam bonorum maioratus, quàm deueniatur ad generalem bonorum liberorum, vt sic habeant posteriores creditores bona libera, ex quibus debita recuperent, ne remaneant in damno. Super quibus dubiis breuiter procedemus.

Dissoluuntur dubia hac in forma sequenti.

Quoad primum, nulli dubium, quin vxor hæc secunda habere debeat, & sibi debeatur medietas horum numorum solutorum pro causis & debitis in hoc primo dubio contentis cum † non teneatur hæc secunda vxor ad solutionem debitorum per eius maritum contractorum ante secundum matrimonium, neq; † ad dotem filiæ primi matrimonii, prout ex pluribus resoluimus *in l. 9. tit. 9. n. 20. cum 4. seq. lib. 5. recop.* & nouissimè resoluit Gutie. *in pract. q. lib. 2. q. 128. & 129.* vbi ampliat etiam † ad alimenta præstita filiis primi matrimonii, durante secundo matrimonio, & ad omne aliud quod maritus expendisset in bonis filiorum primi matrimonii, & quod si lucra hæc non extiterint, cum maritus moritur, soluenda sunt ex bonis mariti, & hæc tanquam sine dubio sub hac breuitate reduco.

Quoad secundum verò dubium dico, quod eius determinatio dependet ab illa quæstione inter Doctores regni altercata, num † scilicet, l. 46. Tauri transcripta in l. 6. tit. 7. lib. 5. recopil. procedat tantum in rebus ab ipsa lege assignatis, non vero in aliis, ita quod eius verba sint dispositiua, non verò exemplificatiua: nam si dispositiua sunt, nihil dubium, quin domus hæc & earum ædificia in defensis, vel aliis maioratus hæreditatibus facta non accrescunt maioratui, sed vt bona libera reputentur, & sic in eis habeat vxor secunda suam lucrorum partem, & creditores alii possint sua debita in eis recuperare, si vero sunt exemplificatiuæ, sit totum è contrario. Et in hac Doctorum perplexitate, respondi verba illius l. 46. Tau. esse exemplificatiua, & consequenter accrescere maioratui, secundum dispositionem eiusdem legis, & hanc opinionem sequuti sumus *in eadem l. 46. sub. d. l. 6. ti. 7. lib. 5. recop. n. 2.* vbi allegauimus Moli. dicentem, ita vidisse sæpius iudicatum, quam & nouissime sequutus est vltra, ibi per Nos relatos, Velazq. de Auenda. *in eadem leg. 46. Tau. gloss. 6. numero 7. cum duobus sequent.* vbi considerat, quod Pelaez qui contrariam voluit tenere, tandem in alia parte ibi per eum ralata hanc nostram tenet, dum exemplificat dictam l. 46. Tau. in aliis etiam bonis, quàm in ea specificatis, etiam si alii, quos ibidem retulimus contrariam tenuerint sententiam, imò quod essent verba illius l. 46. Tau. dispositiua, & consequentur ad alia, quam ibidem expressa non esse extendendam, & hanc nouissimè tenet Doctor Barbosa *in l. diuortio, §. fin. num. 117. in fin. cum sequen. ff. soluto matrimonio,* vbi alios refert, & eam visus est tenere noster Gutierez *in dicto lib. 2. practic. quæstio. quæst. 82.* qui tandem *in quæst. 83.* cum aliis tenet, quod licet verba illius l. sint dispositiua, ex eo tamen, quod de domibus facit mentionem, eius dispositio non solum est intelligenda de domibus principalibus maioratus, sed etiam de aliis quibuscunque domibus reædificatis, vel de nouo constructis, in rebus maioratus, quod meo videri est tenere primam opinionem: nam si verba dict. leg. 46. Tau. essent restrictiua & dispositiua, ipsa solum procederet in domibus maioratus, quæ de principalibus sunt intelligenda: nam verba sunt in potiori significatu capienda, prout circa hoc considerat Barbosa *vbi sup. numero 119. versi. circa tertium* & sic vltra ipsas non intelligeretur. Verũ tamen vtcunque sit ipsi concludunt, quòd circa domus quaslibet vbilibet in rebus maioratus constructas, lex illa 46. Tau. procedat, idcirco quo ad nostrum dubium, hac de causa indubium erit, tales domus, de quibus nostrum est consilium, maioratui accrescere, neque in eis vxorem vel hæredes constituentis partem habere, & sic inquit se patrocinante vidisse decisum in Pinciana Chancellaria Auen. *vbi sup.* & hoc † siue de nouo domus fiat in rebus maioratus, siue antiqua reparetur, prout ex eadem leg. 6. titulo. 5. Recopila. Tau. 46. colligitur clarè, ibi, *que si las adelante se hizierem de nueuo,* & ibi, *labrando; ò reparando,* vt inquit Auend. *dict. gloss. 6. numero 7.* quidquid aliud velit distinguere Doctor Barbo. *vbi sup. nume. 122.* nisi in † casu in quo ex eisdem ædificiis possent tolli materialia, ex quibus domus constitutæ sunt, absque ipsarum rerum detrimento, ita vt non remaneat res maioratus deterior, ac si à principio factæ non fuissent domus tales, in talibus hæreditatibus: nam tunc si dominus rei ædificatæ noluerit soluere æstimationem melioramentorum, permittitur ædificanti quod tollat & abradat ædificium, & meliorationes quas fecit, *ex tex. in leg in fundo, ff. de rei vendi. & ex leg pro voluptariis, ff. de impens. in res dot. fact. & in leg. 40. in fi. titul. 28. part. 3. notat. gloss. bonæ, §. certè. Instit. de r. r. diui.*

tenet Molin. de maiora. lib. 1. *cap.* 26. *nume.* 16. & *Ant. Gom. in l.* 46. *Tau. Ioan. Gar. in tract. de expens. c.* 13. *n.* 47. Burg. de Paz Iunior *in quaestio. suis, q.* 7. *n.* 68. *cum seq. aliq.* vbi *n.* 71. *cum Moli. vbi sup.* id intelligit, nisi nouus successor maioratus velit soluere tali vxori ac hæredibus prædefuncti possessoris veram æstimationem, quam ex dictis melioramentis habiturus est: nam tunc non erunt euellenda, etiam si Doctor Barbosa *in d. l. diuortio*, §. *fi. num.* 116. *in fine cum seq. ff. soluto matrim. pag.* 1203. cum aliis contra hæc teneat: & consequenter id clarius procedet, si 7 res † in domibus maioratus inclusæ, sunt à maioratu amouibiles, vt trabucha, archabussia, & similia: nam hæc ab vxore & hęredibus portari poterunt, vt inquit Moli. *vbi sup. n.* 2. *cum* 4. *sequen.* vbi pro hoc allegat gloss. Elos, *l.* 1. *tit.* 18. *pag.* 2. idem tenentem in fortalitiis dominorum inferiorum à Rege. Alua. relato etiam Moli. *vbi sup. de coniect. ment. testa. lib.* 2. *cap.* 4. *n.* 45. quæ quidem glos. hoc mihi non probat: crederem tamen cum Auend. *vbi su. gl.* 1. *n.* 3. & *gl.* 6. *n.* 10. quod si arma hæc & trabuchi, & archabussii immissi sunt in fortalitiis, in limitrophiis, & sic en fronteras, constitutis pro defensione regni, non liceret ea tollere, quia censentur ibi posita, vt perpetuo existerent, quo casu tolli non possunt, *vt inquit Barbo. vbi sup. n.* 124. *cum sequenti.* licet quoad æstimationem eorum, dubito, an ius eam petendi non competeret constituenti & hæredibus suis. Sed si de voluntate immittentis ea constaret, quod voluit, quod maioratui accrescerent seruandum esse, *secundum Moli. vbi su.* 8 *n.* 4. sicut † è contrario, si meliorans expresse protestaretur se animo repetendi facere, cessaret d. l. 46. Tau. vt tenet Barb. *vbi sup. n.* 118. *in fin.* qui licet ibi in hoc casu dicat, Nos contra hoc tenuisse *in eadem l.* 46. *Tau. sub. l.* 6. *ti.* 7. *n.* 8. *lib.* 5. *recop.* Nos non id tenuimus, cum protestatio facta est tempore meliorationis. Sed cùm melioraus in testamento id iuberet, cum tamen tempore meliorationis id nõ protestaretur, quod vnum ab alio differens est, sic 9 † etiam iurisdictio acquisita per possessorem maioratus castro, & populo talis maioratus, non efficitur ipsius maioratus, sed est potius hęredum & vxoris ea acquirentis, quia est quid separabile, *vt cum Greg. in l.* 2. *glo. fino, col.* 4. *in fin. tit.* 15. *par.* 2. *tenet Moli. vbi sup. nu.* 6 & *Barbo. vbi sup. nu.* 126. & *Matien. in d. l.* 6. *ti.* 7. *lib.* 5. *recopil gloss.* 2. *n.* 4. *cum sequentibus*, nisi secundum eum aliud Rex concedens iusserit, 10 & sequitur Auenda *vbi sup. glo.* 7. *n.* 9. Verum † tamẽ est, quòd si animo fraudulento & causa præiudicandi vxori maritus impensas magnas in rebus maioratus faceret, tunc reuocabuntur, quatenus vxori præiudicarent, vt cum aliis tenet Doctor Barbo. *in d. l. diuortio*, §. *fi. n.* 116. *ff. soluto matrim. pag.* 1203.

Sed est maximum etiam dubium inter DD. an iam quod vxor, & hæres possessoris defuncti non possent petere melioramenta facta in rebus 11 maioratus, quia inseparabiles essent, † an creditores mutuantes possessori huic, possent illis melioramentis, vel eorum æstimatione petere sua debita solui: Et in hoc excludo casum indubitalem, scilicet, cum creditores ij mutuauerunt numos aliquos possessori maioratus non pro reparatione bonorum eius, sed ad alias ipsius domini necessitates subleuandas, & in iis, nulli dubium, quin successor maioratus illius non teneatur ad solutionem illorum debitorum, imò, etiam si ex numis illis bona maiorat' repararentur, non possent creditores in illis reparationibus petere solui debita sua: quia regulariter successor maioratus non tenetur ad solutionem debitorum per prædecessorem contractorum. Sed si creditores ij ex consensu possessoris maioratus aliquos expenderint numos in reparationem bonorum maioratus, vel ipsi possessori mutuauerint ad has reparationes faciendas, an successores talium bonorum teneantur ad eorum solutionem creditoribus ijs? Et in hoc sicut in supradictis differentes sunt nostri scribentes: nam cum in condenda leg. 46. Tau. fuerint eius conditores contrarii, nimirum si scriptores super ea sibi contrarientur: 12 in † quo quidem quoad vxorem meliorantis possessoris, & hæredem ipsius, ex leg. nostra tenendum videtur, eis nullo modo competere retentionem, neque ius in bonis maioratus ratione talium expensarum, in refectionem & reparationem eorum factarum per maritum suum & patrem hæredis, vt communem testatur Matien. *in d. l.* 6. *ti.* 7. *li.* 5. *recopilat. glo.* 3. *n.* 9. Sed quoad alios creditores dissentiunt inter se DD. maximè, gloss. entregado *in l.* 41. *tit.* 28. *pa.* 3. & Peral. relatus & sequutus per Aluar. *de coniect. mente testat. li.* 2. *capi.* 4. *numero* 37. & Molin. de primogen. Hispan. *libro.* 1. 13 *cap.* 10. *numero* 37. volunt, quod † expensas vtiles & necessarias recuperabit creditor mutuans pro eis faciendis, & ita etiam videtur tenere Gutier. *dicto libro.* 2. *practi. quaestio. q.* 84. *per totam*, & Doctor Barbo. *vbi sup. num.* 123. *pag.* 1206. Contrariam tamen opinionem attenta dicta leg. 46. Tau. generaliter loquente tenet Ioannes Gar. *de expensis & melio. c.* 16. *n* 10. & 11. & Auend. *in d. l.* 46. *Tau. glo.* 9. *n.* 12. *cum tribus sequentibus.* Et ita quæstio hæc dubia visa est Molinæ *sup. numero* 23. quod super ea reli-14 querit cogitandum. Inter † has tamen opiniones ego concordiam assigno, scilicet, quod prima opinio procedat, quoties pro expensis vtilibus & necessariis, & sine quibus si non fierent, res ipsæ maioratus perirent; tunc enim nimirum, si mutuans ad hæc, possit eas à successore maioratus recuperare, & hoc dum tamen ipse mutuans fecerit, vt sibi pro iis obligentur bona ipsa maioratus reficienda, vt inquiunt Peralta *vbi sup.* & Pelaez *de maioratu*, 4. *par. quaestione* 1. *limitatio.* 1. *numero* 15. & tunc etiam seruatem consilium traditum à Peral. *vbi sup.* & eo relato Aluar. *de coniect. mente testa. lib.* 2. *cap.* 4. *nu.* 44. scilicet, quod adiretur iudex loci, & ad hoc peteretur licentia ad hoc mutuum recipiendum, & obligandum bona maioratus, offerendo, & præstando informationem de vtili & necessaria reparatione, & quod nisi fieret reparatio hæc & mutuum hoc, res maioratus periret, si esset exquirenda prius Regia licentia. Secunda verò opinio procedat, cum deficit necessitas hęc reparationis, ita quod expectari potest Regia licentia, & si bene inspiciantur DD. vtriusque opin-

opinionis ita volunt præsertim Auend. *vbi sup.* & Burgos de Paz Iunior *d. q. 7. numero 35. & 39.* & quid si tota dos vxoris vel bona paraphernalia in iis consumpta sunt, an repetet, vide Ioan. Gar. *vbi su. c. 13. numer. 48. & Burgos d. q. 7. num. 51. & Gudier. d. q. 84. numer. 3. & Barbo. vbi su. num. 123. & Aiora de partitio. c. 10. n. 4. 2. p. fol. 72. & Aluara. vbi su. n. 43.* vbi idē esse inquit in quocunq; illo, qui tractat de damno vitando, vt in eo cesset l. 46. Tau. dispositio, & *numer.* 47. tractat, quòd in expensis factis pro recuperanda re maioriæ, in casu tamen in quo vxor non posset dimidiam impensarum in rebus maioratus partem per maritum suum factatum à successore maioratus petere, poterit tamen hāc dimidiam partem recuperare ab hæredibus mariti & à bonis liberis ab eo relictis, vt aduertit

15 Barbosa *vbi sup. dicto numerô 123.* Et † quid si possidens bona maioratus tanquam libera, expendit aliquid in eis, an recuperet, vide Auenda. *vbi sup. gloss. 7. numero 11. & 12.* Ego tamen omnibus consulo vt Regia licentia vel confirmatione præcedente, vel sequente hæc faciant, sin minus seruēt supradicta remedia.

Quoad tertium dubium, dicendum est regulariter, & † nisi aliud ex ipsis constet facultatibus, esse in eis intelligendam clausulam, *bonis liberis deficientibus,* Ex tex *in l. pater filium, de leg. 3. & ex l. filiusfamil. §. diui, de leg. 1. iuncta l. à diuo Pio, §. in venditione, ff. de re iudi. notant Peral. in l. 3. §. qui fideicommissum, numero* 188. *ff. de haredi. institu. & Auenda. in l. 46. Tau. glos. 9. numero quinto, cum tribus sequentibus,* & Molina *de primogen. libro primo, cap. 10. num. 4. & clarius lib. 4. cap. 7. num. 2. cum sequentibus* vbi *numero 5.* expresse hanc tenet opinionem, & ibidem iterum *in num. 16. versi. aures,* loquitur circa census super rebus maioratus impositos, & † quia Principem non est censendum, velle tertio in dubio præiudicare, *ex l. 1. §. siquis à Principe, ff. ne quid in loco pub. & ex relatis per nos in l. 14. titul. 3. lib. 1. reco. num. 39. cum sequen. pluribus, & in l. 2. per text. ibi, tit. 14. libro 4. recop. numero 3. cum seq.* adeo † vt etiam si in dictis facultatibus adesset clausula (*motu proprio*) non intelligitur, velle Principē, etiam in modico, tertio præiudicare, *secund. Rebu. in prag. & concord. Fran. tit. de forma mādat. apost. gl. motu proprio in 20. effectu, versic. nono, & diximus in d. l. 2. tit. 14. lib. 4. recop. n. 28. cum seq.* neque extenditur ad insolita & non consueta, secundum Rebuf. *vbi su. in versi. postremo* vbi *& in ver. duodecimo,* inquit quod non ampliat gratiam clausula illa, *motu proprio,* vt & optime per Nicolaum Festasi. *in tract. de æstimo', & collectis, c. 6. 4. p. in volum. 12. tract. DD.* & † vbi agitur de priuando aliquem iure suo, ipsius citatio requiritur, vt est communis, teste Villalo. *in ærario communium, lite. P. numero tricentesimo septuagesimo sexto,* præsertim † cū ipse Princeps, nisi sic intelligeretur clausula illa (*bonis liberis deficientibus*) remaneret obligatus ad satisfactionē damni ex hoc prouenientis maioratus successori, *vt per Molin. vbi su. lib. 3. c. 3. nu. 20. cum seq. & in lib. 4. c. 3. n. 6. vbi limitat, & plura adduximus in l. 1. tit. 1. lib. 4. recop. n. 26. & est tex in l. 2. tit. 1. p. 2. & alibi,* Et † sic omnino est intelligendū in dictis facultatibus clausula illa (*bonis liberis deficientibus*) vt tenet idem Mol.

16

17

18

19

20

21

d. li. 4. c. 7. n. 1. cum seq. vbi limitat nisi facultates illæ essent concessæ ad alienandum rem aliquam maioratus, vel res aliquas in proprietate ex iusta causa, tunc enim postquam alienatæ sunt, nulli dubium, nisi quod valeat alienatio, neque tunc intelligenda sit clausula illa, *quia Rex sic voluit,* cum ad alienandas res tales in proprietate & vsufructu cōcesserit licentiam, & extraxerit eas à maioratu, prout sine dubio tenet Molin. *in dict. libro quarto, c. 7. numero 16. in princip.* vel quando in facultatibus illis adesset clausula (*non obstante*) vel aliud æquipollens, ex quo constaret Regem velle dare licentiā, vt directe bona maioratus alienari, vel hypothecari possent, etiam si libera bona adessent: nam † tunc non intelligitur clausula illa in defectum bonorum liberorum, idque ex iusta causa solet Princeps facere, puta cum concedit hanc licentiam Magnati cuidam, pro causa publica eiusdem Regis obsequium concernente, veluti ex causa belli, vel alterius expeditionis, vel ad trahendam Reginam de vna prouincia, vel de vno Regno ad aliud, cum qua Rex ipse matrimonium contrahere vult, prout in hoc casu à me consulto fuit factum: tunc enim Rex id facere potest, neque tenetur bonum cambium pro hoc præbere successori maioratus, secundum eundem Molin. *dict. libro quarto, capitulo tertio, num. sexto,* & alios casus ponit Nicolaus Festasi. *vbi sup* Deficiente tamen hac legitima, & publica causa reuocari posset talis alienatio, *secundum Moli. d. c. 7. n. 16.*

22

Quoad quartum vero & finale dubium, supposito quod in dictis facultatibus Regiis esset intelligenda clausula illa (*bonis liberis deficientibus*) & quod creditores ex dictis facultatibus sunt antiquiores aliis creditoribus, an † tunc pro debitis facultatum & censibus virtute earum impositis super bonis maioratus sit prius deueniendum ad bona maioratus specialiter obligata, vt bona libera remaneant posterioribus creditoribus obligationes generales habentibus, & in hoc constituo quatuor casus: Primus & indubitabilis est, quotiescunque adsunt creditores huius domini priores in tempore & iure, quam illi qui virtute dictarum facultatum sunt constituti: nam † tales priores creditores habentes instrumenta, obligationes, & hypothecas generales bonorum huius defuncti, præferendi sunt in bonis liberis creditoribus posterioribus dictarum facultatum, *ex regul. qui prior. de regul. iur. in 6* vt tenet in iis terminis Molina *de primoge libro 4. capitulo 7. n. 17. in principio,* & in hoc nullū dubium.

23

24

Secundus casus est, & itidē indubitabilis quoties † debita dictarum facultatum sunt constituta, durante hoc secundo matrimonio, & tūc nullam prærogatiuam domina hæc vxor cōstituentis cēsus habebit pro medietate multiplicatorum ei pertinentium in bonis liberis, ad excludendū tales creditores ab his bonis liberis: nam cum ipsa remaneat debitrix horum creditorum ex acceptatione multiplicatorum, *ex text. & eius materia in l. 9. titulo 9. libro quinto, recop.* & quia ille qui est in vna re debitor non potest esse in eadem creditor: quia † actio, & passio non possunt in eodē subiecto con-

25

26

cto concurrere, *ex tex. & materia in l. Vranius, ff. de fideiusso.* & consequenter non potest vxor hæc allegare, quod creditores facultatum prius debita recuperent ex speciali hypotheca bonorum maioratus, quam ex generali bonorum liberorum, *vt inquit in simili Couar. libro tertio varia. cap.* 18. *n.* 2. *versi. sexto.*

Tertius vero erit casus, quotiescunque in instrumentis & scripturis horum creditorum, virtute dictarum facultatum constitutorum adest clausula ordinaria, & solita apponi, scilicet, quod specialis obligatio non deroget generali, neque 27 è contrario: Ea enim † existente secundi creditores pro suis debitis, & dicta domina pro suis multiplicatis non possunt dicere creditoribus prioribus harum facultatum, quod prius recuperent debita ex speciali hypotheca, quam deueniant ad generalem, & cessat in tali casu æquitas & remedium. l. 2. C. de pignor. vt in specie tenent Molin. & relati à Cou. *in d. libro 3. varia. c.* 18. *numer.* 3. *in fin.* & tenet alios allegans Octauia. *decis. Pedem.* 159. *numer. fi.* & Puteus *decisione.* 38. *lib.* 1. sic dicens in Rota decisum.

Quartus vero & vltimus casus & dubitabilis 28 est, quoties † creditores ii harum facultatum vigore constitui priores sunt tempore, vt dictum est, & eorum instrumenta non habent clausulam dictam non derogando specialis generali, & è contra, sed carent ea, & habent specialiter obligata bona maioratus & generaliter alia, & posteriorum creditores instant, dicendo, quod creditores dictarum facultatum prius debita & census recuperent, ex dicta speciali bonorum maioratus hypotheca, vt ipsis posterioribus creditoribus, & vxori huic pro sua medietate lucrorum bona libera remaneant, ex quibus debita sua recuperent, an hoc erit iustum fieri & concedi, dubitabile est: nam in hoc reperio duas opiniones: Prima est Molinæ *in d. libro quarto, capitulo septimo, numero decimo septimo, vsque ad* 32. dicentis, quod posteriores ii creditores in dicta petitione fouent iustitiam, ex illa æquitate, d. l. 2. C. de pign. ne dicti posteriores creditores remaneant debitis suis defraudati, & sic inquit ipse Molina *ibi, numero* 31. *ad finem* se vidisse hoc semel admissum. Ex quo infero, quod si debita harum facultatum fuerunt contracta ante contractum hoc secundum matrimonium, in hoc casu, cum ipsa sit creditrix pro sua multiplicatorum medietate, habet hoc idem remedium sicut istos posteriores creditores diximus habere. Et hæc est mea & noua consideratio, & sine dubio videtur, eo quod debita contracta ante hoc secundum matrimoniũ non sunt soluenda ex multiplicatis in eo, & sic debet vti æquitate illa iuris ciuilis. Aliam vero & contrariam, imo, quod posteriores ii creditores non possint opponere de dicto remedio, d. l. 2. C. de pigno. & eius æquitate tenet nouissime Auend. *in l.* 46. *Tau. gloss.* 9. *numero octauo*, & sic quod debita facultatum sunt recuperanda ex dictis bonis liberis huius defuncti, antequã ad bona maioratus deueniatur, & hoc quia in 29 hoc casu cessat æquitas, dictæ l. e. 2. eo † quod hæc lex 2. & eius æquitas procedit & loquitur in debitis puris, & absque conditione aliqua soluendis, nõ vero procedit neque loquitur in debitis conditionalibus, prout sunt hæc harum facultatum virtute contracta: debentur enim in bonis maioratus, bonis liberis deficientibus, & non alias, & sic ex hac consideratione ipse Molina *vbi supra in dicto numero trigesimo primo, versicul. caterum*, dubius remansit in prima opinione, & indecisam eam voluit relinquere. Et pro hac secunda opinione considero singularem doctrinam Ioannis Andr. *in addition. ad Specul. titul. de locato.* §. *iam dicendum, in glos. magna, ad finem*, quam sequitur Alexand. *in consilio tertio, numero tertio, volum.* 1. & Tiber Deci. *in respon.* 2. *numer. centesimo quadragesimo secundo, voluminis* 1. scilicet, quod † æquitas dict. leg. 2. non habet lo- 30 cum quotiescunque obligatio & hypotheca specialis est subsidiaria ad generalem, ita vt ad specialem deueniri non possit, nisi deficiente generali, prout hic; Et per consequens hæc secunda opinio est omnino in hoc casu tenenda, & secundum eã consului, & post fortuito reperii Sarmiento Episcopum Iaoniensem *in suis selectis, libro septimo capitulo quinto*, eam tenentem & sequentem, ex doctrina illa Ioannis Andreæ, licet eum, & eum sequentes non alleget asserit tamen hanc secundam opinionem contra Molinam esse sine dubio, & quod æquitas illa quæ considerari solet, esset in hoc casu iniquitas: Quæ † enim æquitas esset, an- 31 teriori creditori adimere, vt posteriori concedatur, quod nulla causa pia patitur, *vt in leg. assiduis ibi, ne ius quod posteriori datum est, &c. C. qui potio. in pig. hab.* & quod sic ista obligatio rerum maioratus, quasi indemnitatis erit accipienda, de qua obligatione loquitur text. *in l. qui generaliter, ff. qui potio. in pign. hab. & tex. & DD. in l. fin. in prin. ff. si cert. pet.* Et hæc secunda opinio tenenda est in casu, in quo non apparet, Principem facultatem concedentem ad obligandum bona maioratus, tollere voluisse clausulam illam, si bona libera deficiãt: nam si hoc voluit, vt in iis facultatibus nobis ostensis voluisse censendũ est, eo quod continebant clausulam (*non obstantibus, &c.*) & fuerunt concessæ ex causa publica, & ad obsequium ipsius Principis, tunc vtique hæc cessabunt, & debet prius deueniri ad bona maioratus per creditores dictarum facultatum, quoties bona maioratus sunt tantum hypothecata, & non alia, vel si in simul sunt generaliter obligata, non adest clausula, quod non derogetur speciale per generale, & è cõtra, & sic sub saniori consilio respondimus.

CONSILIVM XXXIX.

Concurrentibus Episcopo & Capitulo in simul quoad prouisionem Canoniæ sacræ scripturæ in Ecclesia Cathedrali quot vota in simili prouisione vnusquisque habeat?

SVMMARIA.

1 *Statutum fundamentale, & eius verba circa prouisionem prabendarum vacantium in ciuitate Placentina refertur.*

2 Maior

QVadam Canonia vacante in hac nostra ciuitate Placentina, Episcopus & Capitulum insimul fuerunt congregati ad prouidendum in ea lectorem sacrae scripturae ex dispositione Concilii Tridentini, & cum duo essent oppositores, Petrus videlicet, & Ioannes, dictus Petrus habuit Episcopi votum, & quatuor capitularium, Ioannes autem aliorum capitularium numero plurium vota habuit. Dubitatur, quis nam horum oppositorum iustitiam foueat?

Supponitur ad hoc statutum fundamentale dictae Ecclesiae concorditer factum per Episcopum, & Capitulum, approbatumque per Sedem Apostolicam in haec verba disponens; [1] *In † quem Episcopus & capitulum, vel maior & sanior pars consenserit, assumatur.*

Et prima facie videtur, quod Ioannes ille iustitiam foueat, cum pro se maiorē partem votorum habeat, *ex reg. l. quod maior, ff. ad Municipa. l. aliud, §. refertur. ff. de reg. iur. l. nominationum. C. de decurio. lib. 10. c. 1. de his quae fiunt à maio par. Ca. c. quia propter, c. coram, c. Ecclesia, el vlti.* quib. iurib probatur ꝙ † in omnib. [2] actibus, in quibus ad votandum plures concurrunt, maior votorum pars praeualet minori, & ita generali cōsuetudine receptum videtur in omnibus congregationibus Ecclesiasticis & secularib.

Caeterum licet regula & consuetudo generalis supradicta sit, nihilominus, in nostro casu cōtrarium dicēdum, videlicet quod dictus Petrus melius ius habeat, cum vota Episcopi & quatuor capitularium habeat, & ad hoc multum sunt attendenda dicti statuti verba, quod semper fuit in Ecclesia dicta vsitatum, sicq; fuit executoria Regalis consilii declaratum & inprimis dicit statutum (*in quem Episcopus & capitulum consenserint*) & † in iis [3] verbis clarissime datur electio praebendarum Ecclesiae Episcopo & capitulo, & ita etiam habetur de iure, quod ad Episcopum & capitulum pertinet huiusmodi electio, *vt tradit Cassiodo. decis. 22. n. 2. sub tit. de praeb. glos. 2. circa mediū, & ibi Abb. & caeteri, in c. cum Ecclesia Volaterrana, de electione, tradit Bellame. decis. 69.* & est communis resolutio, secundū Quintilia. Mandos. *consil. 29. n. 1.* vbi dicit, hoc semper procedere, nisi data consuetudine in contrarium. Ex qua quidem cōclusione infertur, quod si quidem dictum statutum fundamentale praebet ius eligendi Episcopo & capitulo, dimidiam electionis partem faciet Episcopus & aliam dimidiam capitulum, vocatur enim Capitulum à dicto statuto per nomen collectiuum, & † quando aliqui [4] vocantur per copulam vel solam identitatem orationis, & aliqui per nomen collectiuum qui sic per nomē collectiuum vocantur, ad vnā tantum partem eandemq; dimidiam vocati censentur, nā pro vno habentur, *l. interdum, ff. de haeredi. insti. l. si Titio, ff. de vsufruct. accrescen. l. si pater filium, ff. de vulga.* & haec resolutio est communis, *secundum Deci. consilio 132. n. 2. Iason l. sed & suum, §. hodie, numer. 13. ff. de pact. Ripa. in l. re coniuncti, numer. 104. ff. de leg. 3. Roch. de iure patro. verbo, ipse vel is, numero octuagesimo primo, & sequent. Lamber. in eodem tractat. 2. par. libro primo, artic. 25. q. 1. princi. docet Abb. per tex. ibi, in capit pastoralis, de rescrip.*

Vnde † infert Bal. *in d. l. si Titio*, quod si data sit [5] potestas eligendi Rectori & Scholaribus, habet Rector vnam vocem & omnes Scholares aliam, & sic erunt aequales: sequuntur Bald. Ange. & Ias. *in d. l. si pater*, Bologne. *d. l. re coniuncti, numer. ducentesimo septuagesimo quinto*, Et hinc ad alias quaestiones infert late Ias. *in l. 1. C. de impuberum & aliis substitut.* & † procedit praedicta conclusio non solum quā- [6] do aliqui vocantur per copulam, vnus per nomē singulare, & alii per nomen collectiuum, sed & quando plures per dictam copulam vocantur sub nomine collectiuo, vt si dicam, fratres meos, & filios Sempronii volo esse Rectores capellaniae à me dotatae: vnam enim vocem habebunt filii Sempronii, quotquot erunt, & aliam fratres, & non erunt patroni pro numero capitum, *Angel. & Imol. in leg. si communis seruus, ff. de stipula.*

stipula.seruor. Ripa *in dict. leg. reconiuncti, numero* 105. & conclusio hæc est indubitata, & sic in ea immorandum non est. Ex qua quidem sequitur etiam, quod † concurrente vno, vel concurrẽtibus duobus, aut tribus votis, quamuis dimidia pars votorum capitularium non adiungatur Episcopi voto, eius quidem votum debet præualere, dum ei adiũgatur etiam vnicum capitularis votum: nam si votum Episcopi dimidiam partem votantium faciat, vno ei adiuncto maiorem partem faciet, prout in terminis scribit Hostiens. *in c. postulasti, de concess. praben. & in c. Pastoralis, de rescrip. & in c. scriptũ, de electione*: in quibus locis dicit, quod si cum Episcopo iungatur vnus de capitulo, hæc erit maior pars, & tanquam maior præualebit in electione; quod ipsum in simili tenet Alberi. *in tract. statu. q.* 188. & Hippoly. de Marsil. *singul.* 376. *pagina* 731. dicentes, quod stante statuto, quod aliquis non possit torqueri, nisi sit deliberatum per Potestatem & Priores, vox Potestatis, & vnius Prioris obtinere debet, etsi alii Priores sint multo plures numero, quia propter dimidiam, quam habet Potestas, ibi est maior pars. Similiter Roman. *consilio* 366. *numero fin.* dicit, quod † si Episcopus vt Episcopus in capitulo vnum vel duos canonicos habeat in sententia sua, eiusdem voluntas obtinebit, etiam si totum residuum capituli sit contra: Et est (inquit) huius rei ratio, quia tantum habet Episcopus quantum totum capitulum. Quamobrem vno vel duobus ad partem Episcopi accedentibus, dicitur ibidem esse maior pars.

Verum his quæ dicta sunt de opinione Hostien. contradicunt cõmuniter DD. dicentes, quod † licet singularis persona habeatur pro dimidia, non tamen sufficit quod illa singularis persona, puta Episcopus vel Capitaneus, secum habeat vnam vocem de capitulo, vt sic dicatur maior pars, quia requiritur, quod adsit dimidia pars nominis collectiui, vt dicatur maior pars, & hanc conclusionem dicit Ias. *in d. l. & suum, §. hodie, numero decimo tertio, versicul. secunda conclusio, ff. de pact.* communem, & quod Hostiẽ. vbi supra, reprobatur communiter, cuius quidem verba repetit ad literam Felin. *in c. Pastoralis, ante fin. de rescrip.* Selua. *de benefi.* 2. *par. q.* 17. *colum. antepen.* Mandos. *in additio. ad Roma. d. consilio* 366. quos & alios & Nos retulimus *in l.* 14. *titulo* 6. *libro nono, recopil. numer. decimo tertio*, qui quidem omnes fundantur in argumentis adductis per Ioan. Andr. & Geminia. *in c. à collatione, de appella.* contendentes, quod nomen collectiuum debet verificari in maiori parte. Sed omnia quidem illorum argumenta tendunt ad demonstrãdum inconuenientia, quæ sequuntur ex eo, quod Episcopi votum cum vno ex capitularibus maiorem partem faciat in electionibus & in similibus actibus, vt videre licet per Geminia. *d. capitulo à collatione*, vbi dicit, quod semper Episcopus secundũ opinionem Hostien. habebit † intentum, & sic ius capituli esset inutile, verbale, & non reale, contra tex. *in leg.* 2. *C. commun. de leg. c. commissa, de electio in* 6. maxime quod non est verosimile, quod Episcopus vnum ad se canonicum non trahat, *argumen. text. in c.* 1. *ante fin.* 16. *q.* 1. *ibi, humani moris est.* Quæ quidem argumentatio nec fortis, nec iuridica est. quia ex quo supra dicta iura dimidiam partẽ votorum Episcopo tribuunt ex suo voto, ex necessaria consequentia subsequitur, quod vnico tantũ capituli voto ei adiuncto, maiorem faciat partẽ, & † contrarium asserere esset destruere tot iura supra adducta, ex quibus dimidia pars Episcopi voto datur, quibus quidem non respondent Hostien. reprobantes, & multo maius est inconueniens, quod omnes sequantur opinionem, quod in iis quæ competunt Episcopo & capitulo, dimidiam habet partem Episcopus, & quod statim dicant ipsi, quod ista maior pars sit intelligenda, dũ secum Episcopus habeat dimidiam partem votorum capituli: hoc enim est corrigere se incontinẽti, contra tex. *in l. nam ad ea, ff. de condi. & demonst.* & vna manu concedere, & alia denegare, cõtra tex. *in c. cum quid, de reg. iur. in* 6. Et si ita esset, lex quæ dat Episcopo dictam præeminentiam esset imposita verbis, & non rebus, contra prædicta iura. Neque inconueniens dici potest, quod Episcopus vno ei voto aggregato faciat electionẽ, cum imo temerarium iudicetur, quod membra, prout † sunt canonici, à capite suo, qui est Episcopus, discedant. *c. cum non liceat, de præscriptio. c. fin. de sponsa duorum. c. quis nesciat. & c. nolite*, 11. *dist.* & † semper stat pro Episcopo præsumptio. *c. post cessionem, de probationib.*

Dato vero sed nõ concesso, quod ex inconuenientibus à Doctoribus consideratis opinio Hostien. non veniret sequenda, aduertendum tamẽ est, quod Gemin. *in d. c. à collatione, numer.* 4. opponit *ex c. scriptum, de electio.* quem etiam ponderat Federi. de Senis *consil.* 1. vbi probatur, quod † prælato potest competere tertia pars electionis, & canonicis altera tertia pars, & clero alia tertia, & hoc inconueniens non iudicatur, & respondet, quod illa conclusio non potest procedere de iure, imo (inquit) si clerus † cum canonicis habeat eligere, tãtam vocem habet vnus ex multis de clero, quãtam vnus ex paucis canonicis de capitulo: *vt patet in c. Romana, de electio. & c. cum ecclesia. de cau. pos. & proprie.* & ita dicit; procedit ergo illud ex iure priuato alicuius licitæ compositionis, vel consuetudinis, vel ordinationis in fundatione ecclesiæ facta, vel simili, & si talia interuenerint inter Episcopum & capitulum, procedet opinio Hostien. de dimidia, vel aliqua quota, de qua ordinatũ esset. Quam quidem cõclusionem nostro casui applicando, hic sumus in statuto fundamentali, quod processit ex compositione intra Episcopũ & capitulum, & ita à Domino Papa fuit cõfirmatum, & † dictum statutum duas in se cõtinet partes; Vna, quod affirmatur is, in quem Episcopus & capitulum consenserit: alia quod si discordent, sit is in quem maior & sanior pars consenserit: Quoad primum iam dictum est, quod in concordiam omnium DD. Episcopus dimidiam partem suo voto facit, & aliam dimidiam capitulum. Quoad secundam vero dicti statuti partem, quod à iure communi in interpretatione dictorum verborum receptio est, videlicet, quod copulatiue maior & sanior pars debet concurrere, & ideo

17 ideo † si in fauorem alicuius plura fuerint vota, & alterius minora, tamen si saniora & rationabilia fuerint, præualere debent, vt declarat gloss. ordinaria *in c.1.§ nunc ergo quæritur, 63. dist. gl. fin. in c. ecclesia, de electio. vbi plene Panor. col. 9. cum sequen. late Feli. in c. cum omnes, nu. 18. versi. 13. fallit, de consti. Menoch. cons. 92. num. 21. cum seq.* Ideoque inquit tex. *in c. 1 de his quæ fiunt à maio par. Capitul.* nisi à paucioribus & inferioribus aliquid rationabiliter fuerit ostensum, & tex. *in c. coram, de electio. quæ maiori & saniori parte, &c. & c. quia propter, eod. ti.* in quem omnes, vel maior & sanior pars capituli cõsenserit: & in *d. c. ecclesia, de electio.* maior & sanior pars capituli, & deinde cũ maior & sanior pars non consenserit, & sic primo fundata & sine controuersia conclusione habetur, quod sanior pars præualere debet, quidquid contrarium tenuerit Innocen. *d. cap. quia propter*, & Composte. *d. c. ecclesia*, exponentes dictionem, *&*, id est, quæ non expositio sed manifesta est corruptio, ac proinde à cæteris omnibus prædicta expositio reiecta est, vt per Felin. *in d. c. cum omnes, numero decimo octauo, versic. 13. fallit*, & Alex. *in l. maiorem, numer. secundo, ff. de pact.* secundum quos in dictis iuribus duo copulatiue requiruntur: Primum, quod maior pars consenserit: & secũdum, quod si sanior, & sic cum vtrumq; copulatiue requiratur, vtrumque copulatiue verificandum est. *l. si heredi plures, ff. de condi. institu.*

Hoc ita supposito necessario in interpretando dicto statuto, intelligere debemus, quod statuentes ex eo voluerunt iuri communi aliquid addere: nam alias statutum nihil disponeret; & ad hoc debemus etiam supponere, quod cum adsit discordia inter Episcopum & capitulum, maior & sanior pars debeat præualere, id est, illa generaliter, in qua Episcopus cum suo adest voto, & quod ita in illo statuto fuit sequuta opinio Hostiens. contra ius commune quo disponebatur, vt iam remanet dictum, quod Episcopi votum cum dimidia parte votantium concurreret: & hic est necessarius dicti statuti intellectus. Nam si alias deberet intelligi, quod Episcopus cum dimidia parte iam dicta, concurrere deberet secundum opinionem eorum qui reprobant Hostiens. vtique nihil operaretur, & seruiret de vento, frustraque esset scriptum, quia disponeret solum, quod iure communi erat dispositum, & nihil ei adderet, &

18 tamen receptum est, quod † etsi statutum disponens super eo, quod est de iure communi, intelligendum sit secundum ipsum ius commune. *leg. 2. C. de noxalibus c. cum dilectus, de consuetud.* Tamen dispositio hæc optimam patitur limitationem, vi-

19 delicet, vt † non procedat quando ita intelligendo tale statutũ nihil operaretur; nam in tali casu semper intelligitur disponere vltra ius commune, vt resoluit Hippol. *in pract. §. opportune, numero 41. cum seq. & maxime numero quadragesimo quarto*, Id ipsum dixit Imol. *in l. si vero, § de viro, 4. col ff. solut. matri.* asserens, quod quãdo statutum potest aliquid operari interpretando illud secundum ius cõmu-

20 ne, intelligitur secundum ius commune, sed † si nihil potest operari, interpretandũ est contra ius commune, vt aliquid operetur: & ita Alex. *in l. 4. §. prætor ait, n. 12. cum seq. ff. de dam. infect.* Vnde † etiã

21 verba statuti intelliguntur corrigere ius ipsum commune, ne statutum efficiatur illusorium; *Deci. consilio 52. colum. fin. versicul. secundo respondetur*, etiam hoc procedit in odiosis, & in materia stricti iuris & renuntiationis, vt probat Aymon *consilio 227. col. fin & consi. 297. col. 3. & seq. parua impressionis, Simon de Pret. consil. 1. lib. 1. n 34.* Deci. *l. 1. vlt. notabi. C. de pact.* in quæstione de statuto dicente, non existentibus masculis fœminæ succedant, vt disponat à contrario sensu corrigendo, ne efficiatur inutile: Et ita Bologn. *in rub. de leg 1. numero 114.* Sic etiam Areti. *consilio 106. vlti. col.* dicit, quod statutum non intelligitur secundum ius commune, quando sic intelligẽdo nihil operaretur, & † quod hoc

22 habet locum nedum quando in totum nihil operaretur, sed etiam quando in aliqua parte, vt puta si statutum habeat duo capita principalia, & in vno adderetur iuri communi, quia in alio debet interpretari, vt aliquid addat ad euitãdam superfluitatem, sequitur Marc. Bru. ab Anguillis, *consilio 109. num. 53. & seq.* Et secundum has doctrinas, siquidem dictum statutum fundamentale esset inutile, si intelligeretur, vt tãtum disponeret, quod inquiunt DD. vbi supra contra Hostiens. in iure communi fundati, necessario est intelligendũ dictũ statutum, vt addat iuri cõmuni, & sic voluisse disponere secũdum opinionem Hostien. videlicet, quod maior & sanior pars sit illa, quæ cũ Episcopi voto concurrit, quamuis capitularis vnius votum ei adhæreat: alias dictum statutum de vento seruiret, quod dicendum non est: *ex l. si quãdo, ff. de leg. 1. c. si Papa, de priuil. in 6. c. si ciuitas, de senten. excommuni. in 6.* Vltra quod si esset tenendus intellectus dicentium, quod cum Episcopo dimidia capituli pars deberet concurrere vt maior diceretur, hoc etiam esset inutile ex alia ratione, videlicet, ex ipsiusmet statuti verbis, in quibus iste cãsus erat comprehensus, ibi, *in quem Episcopus & capitulum consenserint.* Vt igitur operentur verba sequentia, *vel maior & sanior pars.* necessario est intelligendum, quod maior & sanior pars illa dicetur, in qua Episcopus vnico tantum capitularium voto concurreret, iuxta opinionem Hostien. de qua supra, & verba dicti statuti modo relata verificari non possunt, nisi in casu nostro, & ex doctrinis supra dictis, hic necessarius dictorum verborum statuti intellectus est.

23 Neque obstat dicere, quod † consuetudo dictæ ecclesiæ Placentinæ est in cõtrarium, & quod propterea dictum statutum debet recipere interpretationem ab ea, *arg. c. cum dilectus, de consuetud.* Nam respondetur, quod quoad prouisionem calongiæ, de qua hic tractabatur, talis consuetudo non aderat: nam cum sit sacræ scripturæ, nunquã de ea prouisio adfuerat. Et hæc erat prima, vnde in hac prouisione nihil dicta consuetudo prodesse poterit: tantum † enim censetur præscriptum,

24 quantum possessum. *l. 1. §. si quis interdicto, ff. de itin. actuque priua.* Etsi aliquis nobis replicet, quod †

25 sub consuetudine generali, & reali comprehenduntur casus qui sub ea sunt, licet non euenerint, ex doctrina Bart. *in l. si quis diutino, 2. notabi. ff. si serui. vendi.*

vendi. de qua agit Molin. *de primog. lib. 2. c. 6. n. 17.* Respondetur, quod dicta consuetudo, neq; generalis, neque realis est: patet, quia in portionibus, de quib. statutum etiam loquitur, Episcopus solus, & de per se, habebat prouisionẽ, & capitulum sic per eum prouisum in possessionem mittebat, & sic constabat ex processu in multis scripturis fidẽ facientibus in eo positis, & ideo non potest dici consuetudo generalis seu realis. Et ad maiorem corroborationem huius veritatis est aduertendũ, quod non negatur, quod dicta consuetudo adsit, videlicet, quod Episcopus nunquam de per se habuerit plusquam vnum, tanquam vnus capitularis in calongiis Doctoralibus & Magistralibus, sed hæc consuetudo in eis est introducta ex bullis Papæ Sixti IV. & Leonis X. vbi peculiariter hoc fuit dispositum in iis tantum calongiis: & † quod in eis sit ius singulare præsupponitur, quod ius commune sit in contrarium. *l. ius singulare, ff. de legi.* exceptioque firmat regulam in contrarium. *l. nam quod liquide. §. fin. ff. de pen. leg. l. denique, §. quæsitũ, ff. de fund. instruct.* & dictæ Bullæ non concederentur, nec peterentur, nisi ius commune esset in cõtrarium, quia † frustra precibus impetratur, quod à iure communi conceditur, *l. vni. C. de thesaur. lib. 10.* Vltra quod est aduertendum, quod in nostro casu nõ potest dari consuetudo; siquidem si daretur, colleretur ex ea ius Episcopo quoad prouisiones, & quoties ius ab aliquo aufertur, in sic auferendo non potest dari consuetudo, sed præscriptio, estque † differentia inter consuetudinem & præscriptionem, secundum Roch. & DD. *in c. fi. de consuetud.* Sicque in hoc nostro casu audiuimus in Rota decisum in fauorem Episcopi, sed † præscriptio, sine titulo non procedit: *ex c. 1, de præscrip. in 6.* quem quidem titulum capitulum non habet, cũ pro se habeat Episcopus iuris communis dispositionem ex iuribus supra dictis. Et sic respondetur dictis bullis & cõsuetudini per capitulum allegatæ, & remanet Episcopi intentum fundatum.

Minus etiam obstat dicere, quod cũ per mortem cuiusdam Francisci vacaret portio quædam in dicta ecclesia, & ageretur de deputanda præbẽda ad lectionem sacræ scripturæ, & quod ad hunc effectum per episcopum & capitulum fuit dicta portio deputata, & eius vicarius in prouisionem curauit solus & de per se, secundum antiquam cõsuetudinem deductam ex dispositione dicti statuti, vt iam diximus prouidere sine capitularibus, & cum per capitulum contradiceretur, in concordia fuit decretum, quod pro illa vice siue partium præiudicio, & earum iuribus in proprietate & possessione dictus vicarius tanquam vnus ex capitularibus votum suum præberet, & ita fuit factum, & nemine discrepante dictus Franciscus fuit prouisus cum contradictorem non haberet: Nam respondetur, quod si quidem in hoc casu ius partium in proprietate & possessione fuit reseruatum, non est trahendus in consequentiam ad nostrum: nam † cum dicatur saluis iuribus, huiusmodi protestatio reseruat, ne fiat præiudicium iuribus Episcopi. *l. si debitor, §. 1. ff. quibus mod. pig. vel hypo. solui.* vbi glos. dicit, quod est negatio quædam, eo quod secundum Odofred. *ibi*, si † quis consensit saluo iure, non videtur consentire, vltra quod actus super prouisione portionis differẽs est calongiæ nostræ, de qua modo agimus, neque † enim ex diuersis potest fieri illatio. *l. Papinia. exuli, ff. de minor. l. inter stipulantem, §. sacram, ibi, sed hæc dissimilia sunt. ff. de verbor. obli.* & notatur, quod † deputatio dictæ portionis pro lectura sacræ scripturæ fuit contra Conci. Trid. *sess. 5. c. 1. de refor.* & ita per congregationem Cardinalium fuit declaratum, vt ex processu & lite constabat, ex quo ex processis & emanatis illius prouisionis minime est curãdum, quia † ex actu nullo nullus potest sequi effectus. *l. 4. §. condemnatum, ff. de iudi. regul.* non præstat impedimentum, quod de iure non sortitur effectum, *de reg. iur. lib. 6.* Ex quibus satis patet de bono iure dicti Petri, & sic post magnam litem & mortem authoris fuit in Rota executoriatum in fauorem Episcopi.

(Marginal numbers: 26, 27, 28, 29, 30 in the left column; 31, 32, 33, 34 in the right column.)

CONSILIVM XL.

Pro excusanda falsitate in renuntiatione quorundam tabellionatus officiorum opposita.

SVMMARIA.

1. *Iudices anhelantes ad condemnationem reprehenduntur, & remissiue qui agant de materia falsitatis, ibid.*
2. *Iudicandum est in dubio contra fiscum.*
3. *Ordo ad procedendum pro verificatione falsitatis scripturæ seruandus, & quis sit, & ibid. quando contra testes falsitas probari nititur.*
4. *Instrumentum vt falsum declaretur debet prius vocari notarius coram quo fuit factum si viuat.*
5. *Iudex non debet excedere formam suæ commissionis, & n. 6 quod alias facta nulla erunt.*
7. *Opponens aliquid contra executionem rescripti Principis est infamis.*
8. *Sacrilegum in Imperatorem committit disputans de potestate eius.*
9. *Oracula cœlestia dicuntur, quæ ex imperiali maiestate procedunt.*
10. *Exceptio rei iudicatæ iustæ, siue iniustæ, quid operetur, & n. 11. quod non censetur derogata, licet Princeps iterum causam terminandam committat, & n. 12. in falsitate exemplificatur.*
13. *Exceptiones post rem iudicatam illæ solum admittuntur contra sententiam, quæ eius effectum restringũt non quæ eam infirmant.*
14. *Sententia illa dicitur diffinitiua cum qua instantia & controuersia finitur.*
15. *Falsitas vt committatur quinque requiruntur.*
16. *Falsitas contradicit veritati. & est eius mutatio.*
17. *Falsitas sine dolo non committitur*
18. *Falsitas instrumentalis non datur, nisi in scriptura per se probante, & n. 50.*
19. *Falsitas requirit eius vsum, & n. 61.*
20. *Falsitas non præsumitur, nisi probetur, & numero 23. & 24.*
21. *Delictum non præsumitur, nisi probetur.*

22 Falsi-

QVidam Ioannes, cum esset tabellio numeri, videlicet, & Concilii huius nostræ ciuitatis Placentinæ, subito mortuus est, ita quod neq; testamentum fecit, neq; de aliquo potuit cogitare, & cum dubitaretur post mortem, an dicta officia renunciasset, apparuit quod coram quodam Didaco tabellione numerario ipsius ciuitatis in 15. die mensis Maii, anni 1595. renuntiauit officium Concilii in fauorem cuiusdam Didaci sui consanguinei, & in 8. die Mẽsis Iunii illiusmet anni aliud officium tabellionatus numerarii renunciasse etiam apparuit coram eodem Didaco tabellione in fauorem cuiusdam Petri, & cum ab hæredibus d. Ioan. defuncti tabellionis peteretur, sibi dari copiam signatam illarum renuntiationum ad præsentandas eas coram Rege nostro, vt renuntiatis eorum officiorum tituli dentur, cum d. Didacus coram quo dictæ renuntiationes fuerunt factæ esset absens, petierunt à Prætore ciuitatis, vt attenta absentia illius, informationeq; de ea habita, & quod literæ renũtiationum & subscriptio essent dicti Dida. & quod erat itidem notus, vt talis tabellio, &c. iuberet sibi dari copiam earum signatam ab alio tabellione: admissa quidem & facta dicta informatione, & renuntiationibus ab alio tabellione signatis Prætor ipse certioratus, quod ipse Dida. dicebat, renuntiationes post factas coram eo esse emendatas, in se eas retinuit, ita quod partibus petentibus tradi noluit, & sic eis nunquam fuit visum: hoc quidem tempore fuit habita notitia, quod d. Ioan. in quadam congregatione vniuersali facta, vulgo, *Iunta*, in oppido de Texeda territorii dictæ ciuitatis dicta officia re-

 nuntia-

nuntiauit in fauorẽ supradictorũ Petri & Didaci eius consanguinei in præsentia Petri & Alphonsi, qui q. torundam oppidorum eiusdem territorii tabelliones erant, & aliorum testium, de quibus quidem renuntiationibus sufficiens adhibita fuit probatio testium, vltra quod d. Petri & Alphonsi de ipsismet renuntiationibus, vt tabelliones dictorum locorum testimonia præbuerunt, eum vnusquisq; post in suo esset oppido: His ita factis, cum Regium Consilium Camerale fuisset occursum, & petitis titulis dictorum officiorum ex defectu temporis præsentationis per viam gratiæ & mercedis officii tabellionatus concilii titulum expediri iussum fuit, in quo quidem consilio reliqui tabelliones ciuitatis Placentiæ contradictionem fecerunt, allegando quod nullo modo titulus tabellionatus numerarii debebat concedi, sed officium illud consumi, ex eo quod instrumenta producta renuntiationum, & tabellionum testimonia earum data essent falsa: ex quo ad Regium iustitiæ consilium fuit causa remissa, & cum in eo tabelliones contradicentes iuri & liti renuntiassent, Regio Fiscali fuit commissa causæ prosecutio: & tandem lite concessa fuit sententia declaratum d. Petrum iustitiam fouere, & dicti tabellionatus officii numerarii titulum esse præbendum, approbando instrumenta præsentata, & testimonia tabellionum renuntiationum præsentata: capta tamen possessione per d. Petrum dicti officii numerarii ex titulo sibi in contradictorio iudicio illis dato, cum hæredes d. Ioan. agerent de vendendo illo officio, quod d. Petrus eorum nomine in consi entiam habebat, & demum illud cuidam Hieronymo vendidissent, in cuius fauorem per d. Petrum fuit illius facta renuntiatio: hoc itaque tempore & antequam sibi Regius traderetur titulus, quidam iudex syndicator fuit à d. domino nostro Rege missus, impleto iam officio d. Prætoris, & pro cosyndicando, & cum processisset ad secretam syndicationem Didac. ille coram quo prius d. Ioan. renuntiauerat dicta officia, & cuius renuntiationes in absentia eius per Prætorem signatas iussum erat tradi, licet traditæ non fuerũt, sed retentæ penes eum, vt iam dictum est, declarauit illud tanquam testis examinatus, & quod erat emendata in data, renuntiatio officii numerarii. y engrossada la letra, de quo quidem dictus iudex Regem certiorauit, & tandem ad cognoscendum de eo, ei fuit data Regia commissio, & ad puniendos culpatos, qui quidem iudex fulminauit processum contra dictum Prætorem ex retentione supradicta renuntiationis, & quod iussit signate tradi, & quod ob amicitiam quam habebat cũ hæredibus dicti Ioannis defuncti, & dicti Didaci eius consanguinei persuaserat dictis Petro, & Alphonso tabellionibus, vt testimonia supradicta dictarum renuntiationum præberẽt: procedebat etiam contra ipsum Dida. mortui Ioannis cõsanguineum, quod in hac persuasione erat itidẽ culpatus, & contra hæredes dicti Ioannis, ex quo dictis testimoniis & probationibus renuntiationũ fuerant visi quos omnes immunes à culpa & testimonia & renũtiationes veras & vere factas fuisse, & contra ea nihil falsi posse opponi ex sequentibus fundauimus, sicque post longam litem magnasq; expensas factas in regio Consilio fuit declaratum.

Et supposito prius, quod in hac materia, & in fortioribus terminis pro hac nostra parte resoluti fuerunt Ancha. *consilio 33. visa inquisitione*, Fulgos. *consilio 107. & 136. & 173.* Alexan. *consilio quinto, libro primô, & consil. 179. lib. 2.* Paul. Castren. *cons. 296. visa inquisitione*, vbi in fine dicit, quod Curia maiorẽ honorem consequitur ex absolutione quam ex condẽnatione, & Anchar. *d. consi 33.* inuehit † contra iudices maleficiorum anhelantes ad condemnationẽ, contra *l. absente, ff. de pœnis*, & facit text. *in c. alligant, 27. q. fi.* & in hoc casu & fortiori consuluit etiam *consil. 175 per totum*, vbi *in col. fi.* in isto casu procedere tex. *in l. nõ puto, ff. de iure fisci*, quod † in dubio contra fiscum debet iudicari, consuluit etiam Menochi. *consil. 121. vol. 3. Soci. Iuni. consil. 45. vol. 3. Gramma. consil. 30. & voto 26. & Cephal. consi. 130. n. 1. cum seqq. & idem Soci. Iun. consil. 39. vol. 2. Paris. cons. 151. vol 4. n. 21. cum seqq. Becius consil. 78.* & complures alii, ita vt semper sit in dubio iudicandum fauore rei, nec quod sit falsitas præsumenda, vt infra dicetur in progressu.

Et primo, quoniam inquisitio & informatio facta est nulla, tanquam contra iuris dispositionẽ & tenorem commissionis inchoata; idq; patet. Nã † quoties cumq; opponitur falsitas contra scripturam producenda est ipsa scriptura: deinde qui falsam eam arguit, ad probandum est admittendus, *ex l. vbi falsi, & l. fi. C. ad l. Corne. de falsis, tradit glo. in l. maiorem, eod. tit.* & non solum tunc accusator, sed & reus ad probandum sunt admittendi, *vt inquit Mascard. concl. 739. n. 1 vol. 2* Si vero contra testes falsitas allegatur per alios testes, qui inte fuerunt corruptioni, vel subornationi eorũ, vel si indirecte contra illos testificantur, est falsitas probanda, vt innuit Sũmus Pontifex *in c. ex tenore, de testibus.* & tunc ẽt recipiendæ sunt probationes pro innocẽtia rei, *vt inquit Mascar. concl. 746.* Et cũ contra scripturã, & contra testes prætenditur falsitas, contra hæc omnia prius probanda est, quam possit contra aliquẽ procedi ad capturã vel ad aliquam aliã rem: In præsenti autem nihil præcessit, ex quo falsitas desumi posset, quia dictum dicti Didaci tabellionis, qui dicit emendatam esse renuntiationem factam 8. die mensis Iunii, anni 1595. non fuit sufficiens ad capturam, neq; ad inquirẽdum quoad renuntiationem post apparentem factam fuisse in oppido de Texeda, tam ex eo, quod erat differens ab alia, diuersorumq; testium & actuum temporumq; quam quod ipsemet Dida. nõ fuisse visum, ex illa quam asserit emendatam, dicit in suo dicto. Et vltra quod hoc ita de iure se habeat, commissio Regalis dicto iudici missa sic monstrabat, dum dicit, quod partibus citatis audiat, & cum essent audiendi, ex dictis ipsorum iudicium non erat incipiendum, neque rei faciendi, donec falsitas esset probata, & tunc posset contra eos procedi, & non ante. Nam † ad hoc, vt declarari possit instrumentum esse falsum, debet prius vocari Notarius si viuat, *secundum Cels. cons. 81. num. 6.*

neque

neq; dicitur quem esse talem, nisi talis probetur; 5 quod hic non fuit obseruatum, neq; † commissionis forma, vt omnino erat seruanda: *ex c. P. & G. de offi. deleg. & l. diligenter, ff. manda.* adeo vt & qualitas mandati seruanda est: *vt per Ias. in l. si procurator, ff. de procurator. late Auiles, in c. 1. prætor, verbo, mandado*, aliter † enim nulla sunt ipso iure omnia inde sequuta, *ex tex. notabili, in l. item eorum, §. sed si ita, ff. quod cuiusq; vniuersi.* & omne in eo fundatum, *ex l. fin. ff. de consti. pecu.* 6

Et licet hæc ita non se haberent, Secundo facit pro accusatis, quod quantū ad officium tabellionatus, *de conceio*, quod possidebat dictus Dida. consanguineus defuncti nullo modo erat super eo agendū quidquam, siquidem ex gratia in Consilio Camerali, non obstante defectu præsentationis cum renuntiatione facta in eius fauorem in 15. die mensis Iunii, anni 1595. per dictū defunctū, iussū fuit ei titulum tradi, prout fuit tradit', cuius virtute illud officiū possidebat, & sic non solum super hoc dictus Didacus non potuit accusari, sed in eo accusando commissum fuit delictum: litigator † 7 enim, qui exceptionem aliquam rescripto principali opponit, infamiæ notā incurrit *l. 2. C. de le. dis*putansque † de Imperatoris potestate, sacrilegiū 8 in Imperatorem committit. *l. 2. C. de crimi sacri.* Rescripta enim principalia diuina nuncupantur. *l. 2. §. sed quia diuina, C. de vete. iure enuclean. in authent. de consulibus, circa fin. authen. de instru cau. & fide, §. quia igitur*, imò † & cœlestia oracula dicūtur, quia ex imperiali maiestate procedunt. *l. iubemus nullam, C. de sacrosanct. eccles.* vbi glo. *cœleste*, notat, Imperatorem Deum in terris, & sic inquit *l. 2. col. 3. tit. 18. part. 3.* & vltra hoc potest maledicere eos qui contra priuilegiū ab eo concessum fuerint, aut in eius executionem & contrauentionem aliquid opposuerint & insuper adijcere pœnam sibi, & confirmātibus illud applicandam. 9

Tertio facit, quoad officium numerarium tabellionatus renuntiatum in fauorem dicti Petri, quod de renuntiatione in eius fauorem facta in oppido de Texeda, in vndecimo die mensis Iunii, anni 1595. fuit litigatum in Regio Consilio cum tabellionibus ciuitatis, & post eum Regio Fiscali allegādo, quod nulla & falsa esset, & nihilominus causa & lite conclusa, iussum fuit virtute eius titulum dari in fauorem dicti Petri, cuius virtute cepit possessionem dicti officii, quod quidem Regius Fiscalis non contradixit, & sic vt iterum non procedatur, obstabat † exceptio rei iudicatæ: *ex toto tit. Codic. & ff. de except. rei iudi. & tit. Codic. senten. rescindi non posse, leg. 19. titu. 22. part. 3. leg. 33. titul. 14. part. 5. leg. sub specie, C. de re iudi. & leg. sub prætextu, C. de transactio.* & per plura allegata per Mexiam *in prag. de Toledo, in 2. fundamento. 1. par. per totum*, vbi *num. 16.* inquit: Rei iudicatæ iustæ siue iniustæ standum esse, postquam per appellationem non est suspensa, *ex l. 1. C. de re iudi. c. quoad consultationem, eodem tit.* neque † ei derogare censetur, quamuis ad supplicantis preces super remissione talis sententiæ Princeps rescribat, audiat talis, & iustitiam faciat: *vt per Mexi. vbi sup. n. 17.* & † in specie fundatur, quia quando in primo iudicio cognitum & iudicatū fuit super exceptione falsi, amplius de ea quæri neq; disputari debet, *secund. glos. & Bar. in l. 1. C. si ex fals. instru.* & apertius Bal. *num. 4.* & Paul. *nu. 11. in l. fin. C. de fide instru.* scribunt, quod quando cognitum fuit de falsitate, quæ arguebatur vel ex vitio scripturæ, vel ex aliis extrinsecis, & iudicatum super ea fuit, non est amplius de ea alio in iudicio disputandum, neque ciuiliter, neque criminaliter, prout plura allegando in specie tenet Menochi. *consil. 622. nu. 23. cum sequent. volu. 5.* vbi *numero 28.* inquit, non esse necesse, quod in eo primo iudicio dicatur expresse, quod quæstio falsitatis proponitur, sed sufficit appareat esse oppositum instrumentum, non esse verum, & quod super eius veritate sint facta capitula, & examinati testes, & *in dicto n. 23.* id ampliat, etiam si tantum in primo iudicio fuerit in possessorio disputatū, quanto magis vbi actum est in petitorio, vt in præsenti actum fuit de præbendo titulo ipsius officii, vt præstitus fuit, & consequenter in hoc iudicio non licet agere de falsitate, neque potest allegari falsitas, quæ antea in primo iudicio fuit allegata, quia † illæ solum actiones, seu exceptiones quæ non infirmant sententiam, sed effectum eius restringunt, possunt contra eam opponi, etiam post rem iudicatam, non vero illæ quæ eam infringerent, *vt est tex. in leg. Nesennius, §. fin ff. de iudi. notat gloss. & Doctores, maxime Meneses, in leg. 1. numero 36. Cod. de iuris & fact. igno. late Boer. decis. 43. numero 3. cum 4. sequentibus*, & sic non potuit iudex de nouo procedere. Neque obstat dicere, quod sententia, in qua fuit iussum, titulum tradi dicto Petro, non fuit diffinitiua, sed interlocutoria, quoniam contrarium est verius, si quidem † ea fuit lis finita & instantia perempta & controuersia principalis fuit resoluta, in quo casu totaliter vim habet diffinitiuæ, & est omnino diffinitiua, vt ex Bart. *in l. Titia, de accusatio n. 4.* & ex aliis pluribus resoluit Ioann. Baptis. Marques. *in tractat. de senten specie. earumque differentiis. 4. part. cap. 42. q. 31. n. 13.* 10 11 12 13 14

Quarto, & in casu quo omnia supradicta cessarent, quæ non cessant, hic non adest falsitas, neque eius species. Et quod non adsit, constat: quoniam † vt falsitas committatur quinque requiruntur, quorum vnum si deficiat, deficit falsitas, videlicet mutatio veritatis, dolus, & nocumentum alterius, & quod sit facta scriptura quæ probet, & vltimo quod sit vsum prædicta falsitate, *vt per Mascard. dict. conclus. 739. numero 12. cum tribus sequentibus.* Et hæc fundantur ratione, quia † falsitas contradicit veritati & est eius mutatio, *l. quidquid falsum, ff. de falsis, in authen. de instrum. cau. & fid. in princip. l. 1. titul. 7. par. 7.* Dolus, quia † sine dolo non cōmittitur falsitas, *l. hoc exemplū & ibi omnes, C. de falsis*, & sic inquit Bal. *de feud. cogni. in princ.* relatus per gloss. *in d. l. 1. ti. 7. par. 7.* quod vbi est bona mens & intentio, ibi falsitas esse non potest. Item, requiritur quod sit nociua, *ex l. damus, C. de falsis*, & quod sit facta in scriptura quæ probet: quia † si nō probat nō datur falsitas, *ex glo. priuatas, in d. leg. damus, Bar. in leg. 1. §. qui in rationibus, ff. de falsis.* Item, † quod sit vsum tali falsitate, *ex tex. & ibi Abbas in c.* 15 16 17 18 19

 acce-

accedens, de crimi. falsi, voluit glo. in d. l. damus, communis secundum Turzanum in sua collecta. opin. verbo falsum; Mascar. d. concl. 739. n. 12. cum sequent. Cessant autem hæc omnia in præsenti: ergo cessat falsitas, & sufficeret vnum eorum requisitorum deficere, vt cessaret, *secundum Mascar. vbi sup. n. 14. in fin.* Et quod cessent, patet ex sequentib.

Primum enim requisitum cessat in præsenti: nam contra testimonia tabellionum Petri & Alphonsi, & contra eorum & aliorum testium depositiones iuratas, nulla adest probata falsitas: ergo iniustissimè sunt accusati, capti & infamati de tali crimine. Qui enim falsitatem allegat, tenetur eam probare, quia non præsumitur, nisi probetur, *l. cum precibus, C. de probatio. confert, l. pen. C. de his qui sibi adscri. in testamento,* vbi Bald. adnotauit, errorem potius quam falsitatem præsumi, & eum sequuntur plures, vt est Areti. *consil. 47. n. 3.* Gram. 20 *consil. 23. numero 4. & consil. 30. nume. 4.* Et † quod falsitas non præsumatur, nisi probetur, tenet etiam gloss. & Dd. *in c. accedens, de crim. fal.* Hippolyt. *consil. 51. n. 33.* latè Soci. Iun. *consil. 45. n. 5. 6. & 7. lib. 3.* 21 Et hæc est omnium concors opinio, quia † delictum non præsumitur, nisi probetur, *l. meritò, ff. pro socio,* actoreq; non probante, reus etsi nihil præstiterit, est absoluendus, & sic si falsitas allegatur contra testes, probanda est per alios concludenter, *vt per Mascar. d. conclu. 746. & Menoch. consil. 221. n. 13. vol. 3.* vt quia corrupti pecunia, precibus, 22 amore, vel timore dixerunt falsum. Quod † si contra instrumentum, in quo non clarè apparet falsitas, per testes potest probari, *c. 3. de probatio. & arg. d. l. cum precibus,* Mascard. plures referens *concl. 741. num. 2.* inquit, quod debent concurrere quatuor, vel saltim tres testes ad probandum falsum instrumentum, quia paucioribus non potest probari: imo etiam si tot adessent, & testes instrumentales aliud dixissent, illis credendum erit. Ex quibus cum in præsenti non adsint testes de falsitate deponentes, non est præsumẽda falsitas, imo & de iure si essemus in dubio, cum adesset falsitas, 23 nec ne, non est præsumẽda, eo † quod vbi & ad falsum, & ad non falsum potest quid reduci, reducendum est ad non falsum, *secundum gloss. in l. insurgentium, §. quod ferè, ff de pactis, vbi copiose Ias. nu. 10. Cæpol. consi. crimi. 21. n. 28. Grammati. vbi sup. Hippoly. consil. 27. n. 1. & consil. 51. n. 30. Alex. consil. 70. nu. 1. vol. 1. Soci. Iun. consil. 39. nu. 32. vol. 2. Deci. 175. & 189. Paris. consil. 167. n. 17 lib. 4. Menoch. consi. 221. lib. 3. Veral. 2. p. decis. Rota, decis. 3.* Et facit illa communis & ab omnibus recepta doctrina Bar. *in l. non solum, § sed vt probari, ff. de noui oper. nuncia.* vbi Iaso dicit eam sequi 24 totũ mundum, scilicet, quod † vbi aliquid potest esse, vel non esse delictum, debemus interpretari non esse, *vt & per Anto. Gom. tomo. 3. varia. c. 1. nu. 63. ad fin. & in c. 11. n. 4 optimè Iulius Clar. in §. fi. q. 56. n. 3. Craue. consi. 205. Abb. in ca. auditis, nu. 28. cum duobus* 25 *seq. de præscriptio.* Imo † & sumitur interpretatio aliquantulum extranea, & impropria, vt falsitas euitetur, vt scribunt omnes *in l. 1. ff. de noui oper. nun. & in cap. cum tu, de testib.* Gram. *d. consi. 30. n. 8. in fi & consi. 33. n. 14.* Menoch. *d. consi. 221. n. 28. vol. 3. & consil. 422. n. 4. & 5. lib. 5.* vbi & inquit ad hanc vitandam falsitatem plures actus præsumi, & plures personas, *secundum Feli. in d. c. cum tu, Corneus con. 91. col. 2. versi. cæterum, Grammati. d. consil. 23. n. 1. & con. 47. n. 11.* & sic † ad bonum finem potius est præsu- 26 mendum aliquid actum, quam ad malum, prout in hac materia inquit Deci. *d. con. 175.* Et hæc præsumptiò multò magis procedit, quando vel persona, vel loci qualitas suadet commissum nõ esse falsũ, vt scribunt Bal. *in l. 2. C. de falsis,* Cæpo. *d. consi. 21. n. 35.* Soci. Iun. *con. 39. n. 32. lib. 2.* quia † non præ- 27 sumitur falsitas in eo, quod fit corã multis, vel in multitudine testiũ, *secund. Crauet. con. 65. n. 13. & consi. 75. n. 19. & con. 3. n. 5.* & quod fit palã nõ arguit falsitatẽ, *secund. Cepha. consil. 130. numero 13. volu. 2.* Ex quibus desumitur in propositum veritas quædam, videlicet, quod dictus Prætor scripserit dicto Alphõso tabellioni, vt dictæ renunciationis testimoniũ præberet, & quod sic faceret, scripserit etiam dicto P. tabellioni, & ipse dederit itidem, non est intelligendum, neq; ex hoc aliquid falsi capiendum. Sic etiam est intelligendum, quod dictam renunciationem de Texeda, fecit eam dictus Ioannes defunctus coram ambobus tabellionibus, siquidem tunc temporis præsentes erant, vt ipsi dicunt, & P. quidam clericus, & Anton. in primo dicto dum lis in consilio pendebat, in quo fuit post ratificatus; & est etiam intelligendum, quod hæredes d. Ioannis defuncti solum procurabant veritatem probare, & itidem Didacus eius consanguineus. Et vltra quod dictus Alphonsus in testimonio quod dedit, dixisset, quod dictus Ioannes renunciauerat coram eo, & post in iuramento, quod non nisi in præsentia sua & testium, dictum iuramentum debet intelligi secundum in testimonio dicta, & quamuis dixisset, quod non renunciauerat, iidem verba hæc sunt intelligenda & saluanda, nisi modo & forma qua in testimonio dixerat, aut quod non renunciauit in scriptis, sed verbaliter, maximè, quod eum verum appareat, quod dictus Ioannes renunciauit, dicta in testimonio & vera præsumuntur, siquidẽ ad renunciationem referuntur & eius mentionem faciunt. Nam † referens inest in relato cum 28 omnibus suis qualitatibus & conditionibus, *l. asse toto, ff. de hæredib. instit.* Neq; † datur falsitas in 29 eo, quod habet primordium veritatis, *l. cum filius. §. hæres, ff. de leg. 2. glo. & Bart. in l. 1. ff. de condi. sine caus. gloss. 1. in l. 1. tit. 7. part. 7. Menoc. & Deci. vbi sup.* & hæc est concors & communis sententia & opinio. Imo & quamuis testes minus deponant, quam in testimonio sit dictum, non sunt contrarii, *secund. Decium d. consil. 175. n. 6. versi. non obstat quod Reuerendissimus,* & quod fortius est quod etiamsi in testimonio diceretur amplius, quam in dictis testium, cum habeat testimonium primordium veritatis nulla datur falsitas, *vt in propositum dicit Guti. consil. 37. in prin. & num. 3.* Et sic cum in præsenti non mutetur veritas, quia † mutare est facere 30 transformari aliquid in aliud, *vt ex leg. dicere, §. fin. ff. de arbit. notat Paris. dict. consil. 151. numero 25. vol. 4.* & consequenter deficit primum & principale requisitum, vt falsitas committatur, scilicet, mutatio veritatis, quia hic non est mutata, imò fulcita

fulcita tribus aliis testibus de auditu dicentibus, audiuisse, quod d. Ioannes fecit dictam renunciationem in dicto oppido de Texeda.

Neq; obstat id quod dicitur in contrarium, scilicet, testes de hac veritate deponentes in aliquo variare, tum, quia † nulla datur variatio super veritate facti, sed si in accessoriis & leuibus, datetur, non est consideranda, *vt per Menoc. d. con. 221. n. pen. & fin.* tum etiam quia quoties agitur criminaliter, & ad probandum verè falsitatem contra testimonia & teste svt hic agitur, non præsumitur falsitas ex variatione, neq; † per coniecturas tunc probari potest, neque suspitio falsitatis habetur pro veritate & falsitate, sed debet concludenter probari, *secund. Deci. consil. 189. n. 2. Curt. Iun. consil. 64. n. 5. Menoc. d. consil. 221. n. 5 & 6. Mascar. dict. concl. 739. nu. 3. & 4.* & est communis secund. Iul. Cla. *in pract. cri.* §. *falsum, n. 30.* Sed potius secundū eos debent esse probationes concludentes & clariores, quàm essent in alio delicto, quod † secus si tantum ageretur de redargutione falsi ciuiliter, ne scriptura, vel testes probarent: nam tunc præsumptiones sufficerent secundum eos, *vt per Crau. consi. 134. n. 26.* Imo & indistinctè & sine aliqua distinctione, cum agitur ad punitionē, præsumptiones non sufficere, dicit esse communiorem & veriorem opinionem Soc. Iuni. *con. 39. n. 44.* & 77. *vol. 2. Celsus con. 33. n. 9. con. 81. n. 6. & 7. idem Soci. Iun. con. 45. n. 8. vol. 3.* præsertim, cum hic adsunt probationes de veritate, quo casu excluduntur probationes, quæ adessent in contrarium, *vt per Menoch. de præsum. lib. 5. præsum. 21. n. 23.* & † bona fama reorum etiam generaliter probata excludit quamlibet præsumptionem, & vbi præsumptio sufficeret, *vt per Soci. d. consi. 45. n. 13. vol. 3.*

Secundum verò requisitum de dolo itidē cessat in præsenti, quia † dolus non præsumitur, nisi probetur, *l. qui dolum, C. de dolo, l. quoties* §. *qui dolo, ff. de probatio. Menoch. d. lib. 5. præsum. 27.* Falsum † autem sine dolo committi non solet, neq; potest, *l. neque exemplum, & ibi omnes, C. de falsis,* Meno. *con. 221. n. 14. vol. 3.* vbi *n. 13.* inquit, quemlibet dolum non sufficere, sed qui sit in lege expressus, & *n. 16.* quod † potius error quam dolus præsumitur, vt & per Becium *consi. 102. n. 17.* vbi *n. 18.* inquit, quod si reperiatur aliquid aliud scriptum per notariū, quàm à partib⁹ sit dictum, error potius præsumitur quam falsitas, & sic falsum non committitur, vt ibi. Imò & † quamuis in criminalibus dolus præsumatur, in crimine tamen falsi secus est, *vt per Becium con. 78. n. 19. & voluit Gutie. consi. 37. n. 8.* Hic autem non est dolus probatus: ergo non est præsumendus: & non tantum non est dolus probatus, verumetiam probatum est, & ex processu apparet, non adfuisse dolum in testimoniis prædictis, neq; in reis accusatis, qui sunt testes dictæ renunciationis. Nam tabelliones & testes hi, & Prætor, Didacusq; consanguineus defuncti nullum commodum neq; lucrum ex suis depositionibus, neq; ex factis eisdem impositis perceperunt: ergo probatum est dolum abesse: nam † vbi abest lucrum, dolum conijcere non possumus, vt in nostris terminis tenet Hippol. *con. 77. n. 10. Rollan. Valle con. 11. n. 56. vol. 3. Menoch. de præsum. lib. 3. præsump. 130. nu. 42. Becius con. 78. n. 27. & con. 102. n. 25. & 26. Gutie. con. 37. n. 12.* Cum igitur in dictis dolus non adsit, neque iisdem in hæredibus d. Ioannis, tùm, quia nihil fecerunt de iure prohibitū, imò permissum, eoque licitum est vnicuique procurare bona sua conseruari, neque † in conseruatione datur dolus malus, neq; aliquid illicitum, sed potius consilium ad sua & suorum bona conseruanda, *secund. Beciū consi. 52. n. 22. Decia. respon. 5. n. 68. vol. 1.* neque tunc dol⁹ præsumitur, *secundū Rollan. consi. 11. n. 68. vol. 3. & Nattam con. 643. n. 5 vol. 4.* ita vt quamuis dicti hæredes procurauerint scire præconiis & publicationibus, an dict⁹ Ioannes renunciauerit dicta officia, non adest hic dolus, sed conseruatio permissa suorum officiorū: nam & quando vnus modus est prohibit⁹, alter nō, non † datur fraus ex modo permisso, nisi probetur, *secundū Ceph. con. 179. per totum, maximè n 9. & 11. vol. 2.* præsertim, cum ad hanc inquisitionem faciendam moti fuerint ex causa illa ex processu resultante, dum dicitur, dictum Ioannē defunctū antequā moreretur, interrogatum fuisse à quodam fratre suo, an dicta officia renunciasset & respondisse quod sic, in oppido de Texeda; quæ † quidem causa excusat a dolo si quis posset præsumi, etiam si iniusta esset, *secundū Cepha in hac materia con. 24. n. 7.* etiam si esset causa bestialis, vt loquuntur glo. & Doctores *in c. cum venerabilis, de consuet. Gutier con. 37. n. 16.* Imo & non solum excusat à dolo, sed & à pœna, *ex l. igitur. C. de li. cau. glo. in l. 1. C. de abigeis. Beci⁹ in terminis con. 78. n 28.* in † min[illegible] ribusq; dolus non præsumitur, *ex l. vbi exigitur, cum materia, ff. de edend.* Cum ergo cesset hic dolus, etiam non concesso, quod adesset falsitas, non esset punienda pœna ordinaria, neque extraordinaria, vt per Becium *ibidem n. 16.* vbi inquit omnes ita tenere, & *n. 35.* quod cessante dolo, cessat etiā inquisitio, tùm etiam quia bona fama dictorū hæredum, vtiā supradictū est, excusat in hac materia, etiam si sit in genere probata.

Tertium vero requisitum, scilicet, quod † aliis noceatur, probatur *ex d. l. damus, C. de falsis,* ex cōmuniquè asserta per Gutier. *d. con. 37. n. 19.* Hic autem nemini fuit nocitū Regi, quia non habet ius quæsitum, & tractat de lucro captando: ea † enim quæ ex causa pænæ acquiruntur titulo lucratiuo acquiri dicuntur, *ex tex. in l. multorū, C. de modo multa. l. ex ratio, & l. placet, ff. de iur. fisc. & l. 1. C. de priv. fisci. Ripa de peste tit. de remed. ad conserua. vberta. n. 137.* Aduersarii verò de damno vitando. Neq; iidē constat de falsitate, sed potius de contrario, idq; vno simili fundatur, scilicet, quod † creditores alicuius non censentur grauati neq; damnificati ex eo, quod debitor desinat adquirere, & ideo non possunt agere reuocatoria, *ex l. qui autem, & l. patrem, ff. d iis qua in frau. credi.* Prælatusq; † licet suæ Ecclesiæ non possit præiudicare, potest tamē desinere ei adquirere & nō adquirēdo ei non præiudicat; habet enim potestatē nō adquirēndi, *secun. gl. in c. si 16. q. 6.* Nam nō est par ratio, non lucra capere, & quæsita perdere. *l. si sponsus,* §. *si maritus, ff. de donatio. inter vir. & vxo.* adeo vt possit Prælatus repudiare legatum, etiam si legati dominium trans-

ent

48 eat in legatarium, quia † dominium non est verè acquisitum Ecclesiæ, ante acceptationem legati. *secund. Fede. de Senis consil. 9. & Abb. in ca. tua nuper. n. 9. de ijs quæ fiunt à præl. vbi additio. lite. B. alios allegat.* Quod si in legato ita est, multo magis in nostro casu, in quo non transfertur dominium in Regem, & ex parte dictorum hæredum tractatur de damno vitando, scilicet, de non perdendis officiis, vt in propositum considerat Menoch. *dict. consil. 221. n. 16. lib. 3.* & quando nulla adest spes lucri de nouo quærendi, vel ex parte eius, qui asseritur falsum commisisse, vt in præsenti non adest in prædictis hæredibus, quia solum damnum vitare contendunt, vel ex parte, eius, cuius contemplatione & causa commissum asseritur, nulla committitur falsitas, *vt per plures relatos per Menoch. dict.*
49 *consil. 221. n. 9.* & sic cessat dictum requisitum, & † nulla pœna est tunc punienda falsitas, etiamsi probata sit, vt cõmunem testatur Becius *d. con. 78. n. 14. cum duob seq.* & minus est punienda, si non est probata etiamsi nocere posset, si probaretur.

50 Quartum verò requisitum quod † sit facta scriptura quæ probet, ex *d. l. damus, C. de falsis*, probatur, vbi glos. priuatas, & Bart. & alii relati per Mascar. *d. concl. 739. n. 13. & 14.* vbi hanc dicit magis communem, & Gutier. *d. consi. 37. n. 21.* & Menes. *in l. si ex falsis, n. 6. C. de transa. & in 3. tomo. com. opi. fol. 107. col. 3. in med. & fol.* 108. *col. 1. in prin.* cessatq; in præsenti hoc requisitum, quia aut dicta testimonia prædictorum tabellionum Petri & Alphonsi, probant aut non. Si probant nihil est actum per accusatorem, quia deficit falsitas: sin verò non probant, vel quia tabellionis testimonium fidem non facit, vel nullum est, nihil falsitatis ex eo argui potest, ex supra dictis, prout in propositũ sic arguit Paris. *dicto consil. 151. nu. 19. vol. 4.* & Gutie. *vbi*
51 *sup.* Et † quia vbi instrumentum alia ratione, quã falsitatis esset nullum, falsitas in eo commissa, si quæ adesset, non est punienda etiam extraordinariè, *secund. Alex. & Paris. quos refert & sequitur Beci.*
52 *d. con. 78. n. 39. & Gut. vbi sup.* falsitasq; † instrumenti vbi adesset, in eo non arguit falsitatem contract⁹, *secund. Rolan. consil. 43. n. 14. vol. 3.* Nam instrumentum est ipsa carta, quam partes faciunt, contractus verò est partium conuentio, & sic potest esse instrumentum falsum, & contractus verus, & consequenter validus, ita vt si sine veritatis præiudicio in prædictis testimoniis adesset falsitas,
53 quæ nulla adest, renunciatio † est testibus comprobata, & sic nihil officeret, neque noceret, quia veritatem continet, vt est probatum, & renunciatio per testes probari potest, *vt est glos. verbo data, in c. qualiter, 7. q. 1. glos. verbo renunciasti, in l. postquam liti, C. de pactis, optimè Bal. in cap. 2. prope fin. de resti. spolia. ibi, nota, quod renunciatio potest probari per testes, & tene menti Iason in l. cum proponas, n. 2. C. de pact. vbi dicit se ita consuluisse. Cardi. Zauare. in clemen. 1. de renuncia. Card. Alex. in cap. sicut vir, § ecce n. 4. in fin. 7. quæst. 1. & in d. c. qualiter n. 6. in fi. Cassiad. decis. 8. n. 4. de rest. spol. Nicol. in cap. quoniam contra, de probatio. n. 182. Deci. in in l. nihil tam naturale, nu. 2. ad fin. ff. de reg. iur.* Qui omnes tenent, renunciationes testibus probari, etiamsi de ea non adsit scriptura, & id duabus rationibus fundatur: Prima, quia † re-
54 nunciatio non est de casibus expressis in iure, in quibus pro sui validitate & forma scriptura requiritur, qui enumerantur per glos. *verbo, in scriptis, in c. 1. de censib. lib. 6.* Secunda, quia † quod per testes
55 probatur, ipsa veritas est, *vt in l. illicitas, §. veritas, ff. de offic. præsid. c. nouit, de iud.* & in exercendis litibus parẽ vim habent testes & instrumenta, *l. in exercendis, C. de fide instru.* resque gesta potest probari per testes, *l. instrumenta. cum 2. sequenti. C. eod. tit.* quinimo † probatio per testes est dignior & validior
56 cæteris omnibus. *Abb in rub. de testib. in c. cum Ioannes, de fide instru.* & tanquam communis refertur apud Viuium *in suis communibus, verbo testes. versi. validior*, eo † quod testium vox est viua, instrumenti
57 autem mortua, & sic fortior est testium, *cap. tertio loco, de proba. Azo in sum. de testib.* Et dicit Innocen. *in c. cum P. tabellio, de fide instr.* quod huiusmodi probatio est validior omnibus, & est naturalis, congruitque cum iure diuino Et sic † instrumenti
58 omissio nunquam vitiat actum, sed testibus actus reparari potest, nisi quando partes id expresse voluerunt ad valorem contractus, *l. contractus, C. de fide instr.* vel in casibus à iure expressis, requirentibus scripturam pro sui validitate & forma. Et sic dato, sed non concesso, quod dicti tabelliones Alphonsus & Petrus dicta testimonia præbere non potuissent, sufficit renunciationem testibus esse probatam, quanto magis † quòd quilibet
59 tabellio publicus, habilisq; & bonæ famæ, potest testimonia præbere actorum extraiudicialium, quæ coram eo euenerunt, licet non sit tabellio illius loci, quo euenerunt, vt patet expresse ex *l. tit. 25. lib. 4. recop. col. 3. ibi: Pero que los otros escriuanos publicos, si fueren habiles y de buena fama. puedan dar fe de todos los actos extraiudiciales, sin pena alguna:* ergo dicti tabelliones rectè poterunt testimonia præbere.

60 Quintum verò & vltimum scilicet, quod † nullus vsus fuerit instrumento falso, ita vt etiam si ex eo falsitas resultaret, non posset puniri de falsitate eo non vtens, probat Abb. *in cap. accedens, n. 1.* per tex. illũ de crimi. falsi, Masca. *d. concl. 739. n. 15.* hanc dicens cõmunem opinionem. In præsentiarum tamen nunquam fuit vsum renunciatione coram d. Didaco tabellione facta, quam asseruit emendatam fuisse: ergo nihil hac de causa imputandum est reis accusatis ob petitam dictã renuntiationem signatam, neq; ex eo quod Prætor custodierit eam, postquam sibi dictum fuit, quod d. Didacus dubitabat de ipsius emendatione, præserim cum eis probatum non fuerit de prædicta emendatione constitisse, & † ad hoc quod
61 vtens instrumento falso puniatur, debet cum effectu eo vti, & sciens falsum esse, *ex l. 2. Codic. de fid. instr. & in l. si falsos, C. de falsis, & in c. ad falsariorum, de crim. fal. notat Hippo. consi. 24. n. 19. & consil 81. n. 28.* Nam si in fabricante falsum requiritur scientia, & quod sciens fecerit: nam dolus vt supra est dictũ, requiritur, & nõ præsumitur: Ergo multo magis scientia vtentium falso instrumento requiritur, vt puniatur, præsertim cum probatum non sit, renunciationem illam esse emẽdatam, & ex com-

paratione

paratione literarum non probatur falsitas, *secundum Decium consil. 615. col. 1. Rip. ani in l. admonendi, col. 20. ff. d. iureiur.* cum criminaliter agitur, vt hic: neque probāt testes sibi videri emendatam, quia 63 † in criminalibus probatio debet esse concludēs & luce meridiana clarior, *ex l. sciant cuncti; C. de probat.* ita vt neque sufficit dictum tabellionis dicentis esse emendatam in præiudicium tertij, *vt per Decium d. cons. 189. & Socin. Iun. consil. 39 num. 64. vol. 2.* Ex quibus cum dicta renunciatione nemo vsus fuerit, neque fuit data signata, neq; præsentata, imo neque fuit probata prædicta asserta emendatio, neque partes habuerunt scientiam de tali emendatione, casu non concesso, quod emēdata foret, nihil est cur de dicta renūciatione tractetur, neq; quod ex ea forent prædicti rei accusandi, neque ab ea inferendum est, & argumentū inutile sumendum, ad alterius renunciationis factæ in oppido de Texeda, detrimentum, & suspicionem, cum differentes & diuersæ sunt & coram 64 diuersis testibus & tabellionibus factæ; Imo † etiamsi coram eodem tabellione factæ fuisset, per vnam non corrueret alia, quando ex facto notarij falsitas, vel emendatio, si qua adesset, non esset commissa, vt inquit glos. & Bartol. *in l. si ex falsis, C. de transactio.* & Menoch. *de præsumpt. lib. 5. præsumpt. 2. num. 21.* vbi & fortius dicit, idem esse circa idem instrumentum, vt quia esset quædam ra-65 sura vel cācellatio: nam † tunc etiam eiusdem instrumenti non præsumeretur falsitas in aliis eius capitulis, vt & tenet etiam dicens communem Menes. *in d. l. si ex falsis, num. 17.* & consequenter multo minus de dicta renunciatione asserta emendata, est arguendum aduersus renunciationem de Texeda, quæ vera est, & testibus & tabellionum testimoniis comprobata, in quo casu etiam in eodem instrumento, in cuius vno capitulo adest falsitas vera probata, non censetur in aliis capitulis eiusdem instrumenti adesse falsitatē, in quibus efficacioribus præsumptionibus, vel claris probationibus probatum est, alias partes, seu capitula esse vera, prout in propositum dicit Menochius *dicto lib. 5. præsumpt. 21. num. penultimo,* & sic multo fortius in nostro casu, vbi renunciationes sunt distinctæ, diuersis temporibus, & coram diuersis tabellionibus, & testibus confectæ, & comprobatæ iuridicis tabellionum testimoniis, & probatione bonæ famæ ipsorum ta-66 bellionum, & testium roboratæ, quæ † quidem bona fama, vt dictum est, excludit etiam omnem falsitatis præsumptionem & suspicionem, *vt per Menoch. d. cons. 221 num. 1. & in d. lib. 5. præsum. 20. num. 44. Cephal. cons. 380 num. 12. volum. 3. Crauet. cons. 380. num. 12. vol. 6.* etiam si in genere bona fa-67 ma probetur, vt iam est dictum: Semel † enim bonus & fidelis semper talis præsumitur in eodē genere, *vt per Hipol. cons 77. num. 11. Menoch. de præsum. lib. 3. præsum. 19. num. 9.* præsertim, cum & depositione cuiusdam Petri clerici presbyt. testis sit etiam hæc renunciatio de Texeda comprobata. 68 Testimonium † enim sacerdotis antefertur testimonio laici, ob præsumptionem maioris bonitatis & integritatis, quæ est in eo, *secundum Menochium dicto cons. 221. num. 3.* imo & clericus obtinet vim vnius testimonij, & dimidij, secund. Pedroc. *consil. 17. num. 74. cum aliquib. seq.* vbi optima dicit in propositum, & † testi pro instrumento statur, 69 vt per Hippolytum *consil. 27. num. 13. cum sequent.* id ampliantem; ita, vt quamuis ex dicto cuiusdā testis, nomine Antonij se retractantis, videretur id debilitari, nihil nocet, tum, quia in primis dictis in iudicio probatis, tàm hic Placentiæ, quàm in Regali consilio, idem deposuit quod alij testes, & itidem in hac instantia se ratificauit, & † licet 70 post tanquam puer & minoris ætatis, timore iudicis & capturæ contrarium dixerit, primis depositionibus, & non huic retractioni est standum, vt omnium est cōmunis opinio teste Coua. *lib. 2. Varia. c. 13. num. 8. post medium,* maximè cum & nunc in ratificatione asseruerit in primis depositionibus verum asseruisse, & in retractione falsum ob iudicis metum & oppressionem. Imò & quantumuis in tormentis, si eis esset locus; prout non est, se ratificasset in retractione, nihil obesset, quia priora dicta sunt verosimiliora, & sic eis standum, quia contraria speciem falsitatis gerunt, vt in terminis inquit Decius *cons. 175. num. 8. versic. octauo non obstat.* Neque † debuit toties re-71 peti testis hic, vt ibi inquit Decius *in fine,* præsertim cum & nunc asseruerit, se timore retractasse. & quod in primis dictis verum asseruit in fauorem dictæ renunciationis, & sic potius pro nobis quam contra nos.

Ex quibus omnibus resoluitur, quod in nostro casu deficiunt omnia quinque requisita supradicta ad inducendam & puniendam falsitatem, ad quod vnum deficere sufficit, & pro ea excludenda. Quod † fortificatur etiam ex eo, quod dicti 72 tabelliones, & testes nunquam fugerunt, sed potius sponte in iudicio adfuerunt, quod est maxima præsumptio suæ bonitatis, & fidei, *vt inquit Socin. Iun. consil. 39. num. 35. lib. 2.* Ex quo & ex adductis à Doctoribus, & in specie per Decium, *dicto cons. 175. & cons. 189.* & Socin. Iun. *d. cons. 39. lib. 2. & consil. 45. vol. 3.* & Beci. *consil. 78.* manet responsum omnibus obiectionibus in contrarium adductis & allegatis: maxime † quod in delicto fal-73 sitatis principaliter agitato, & ad inducendam pœnam pro eo, & priuatione bonorum, vt hic meliores & maiores ꝓbationes quam in aliis delictis requiruntur, prout vltra supra allegatos tenet Emanuel Suarez inter cōmunes *tom. 3. lib. 8. tit. 4. de falsis. c. 5. versic. falsi crimen. fol. 108.* Quæ quidem omnia iustificant innocentiam reorum, & manifestatur minime inquisitionem formari potuisse, neque in causa procedi, quia † vbi non est 74 delictum, non potest inquisitio formari, *secund. Hippol. cons. 120. col. 4. sequutum per Socin. consilio 39. num. 76. vol. 2.* Ex quibus etiam resultat quod etiam si falsitas esset de iis, quæ occulte committūtur, & † sic in ea faciliter esset procedendum ad 75 torturam, non sufficit id verbaliter dicere, nisi id quod dicitur probetur, *vt dicit glossa in l. 1. ff. si quadrup. paup. feci. dica. & gloss. in l. 2. ff. de feriis, & in l. magis puto. §. illud, ff. de reb. eorum, & in proposito inquit Socin. Iun. dicto cons. 39. num 80.* Hic autem vt

Aa appa-

apparet ex dictis, nihil est probatum cõtra testes & tabelliones, imo ipsi habent pro se tot iura & fundamenta supra relata, quæ inducunt probationem clarissimam suæ innocentiæ, ita vt nullo modo possit ad torturam deueniri, neque intentari, vt ipsemet Socin. *ibi num. 55. cum sequent.* optime concludit, & *num. 67.* maxime stante prædicta bona fama ipsorum testium, quibus & omnibus aliis in procedendo in eos maxima damna sunt sequuta, & iniustitia facta, in quorum resartionem liberi veniunt declarandi, & sic Nobis videtur, salua in omnibus, &c.

Quibus sic finitis, & noster Consiliorum tomus sub correctione sanctæ Matris Ecclesiæ finitus remanet, ad laudem & gloriam Omnipotentis Dei, Virginisque Mariæ Matris eius, quæ quidem Consilia post Authoris mortem cum dispersa & nõdum congesta, nec perfecta remanerent, Doctor Ioannes de Azeuedo eiusdem Authoris filius, in trigesimo tertio ætatis suæ anno ea congessit, perfecit, numerauit, & indicauit, nonnullas inceptas quæstiones resoluens, finemque operi imponens, in mense Augusto, Anno 1602. Placentiæ.

FINIS.

INDEX

INDEX ALPHABETICVS RERVM ET VERBORVM, QVÆ IN HOC CONSILIORVM Volumine continentur.

A.

Index alphabeticus.

Condi-

Index alphabeticus.

Con-

D.

D.

Execu-

F.

G.

H.

Insti-

M.

N.

Index alphabeticus.

Vitam

F I N I S.